BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weber, Adolph Dietrich,

Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß

Halle 1805
J.pract. 318
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554847-7

<366352492300l7 S

<366352492300l7

Bayer. Staatsbibliothek

E

J. pract. 318.

BIBLIOTHECAE
ELECTORALIS
MONACENSIS.
Ch. Wink. del.
Söcklen sc. 1779.

Jus. 2304. 99.

Ueber

die Verbindlichkeit

zur

Beweisführung

im

Civilprozeß.

von

D. Adolph Dieterich Weber,

Professor zu Rostock.

Halle,

in der Rengerschen Buchhandlung. 1805.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorerinnerung.

Drei Fragen sind es hauptsächlich, welche die Theorie des rechtlichen Beweises nach richtig zuvor bestimmten Begriffen zu erörtern hat: 1) Was muß überhaupt vor Gericht bewiesen werden? 2) Wer muß den Beweis führen? 3) Wie wird er geführt? Die beiden ersten Fragen sind eigentlich Gegenstände dieser Schrift. Sie schienen dem Verfas-

ser vorzüglich, und nach dem, was bisher in unserer Litteratur darüber geleistet worden ist, mehr, als die Mittel und Formen der Beweisführung, womit es die dritte Frage zu thun hat, noch einer nähern Erörterung zu bedürfen.

Die Schwierigkeiten, welche häufig in der Anwendung vorkommen, wenn der Richter auf Beweis erkennen soll, brachten den Verfasser auf den Entschluß, mit Beiseitesetzung aller Lehrmeinungen, die Natur der Sache und die Vorschriften der Gesetze selbst vor allen Dingen einmal zu Rathe zu ziehen. Vielleicht können die Resultate dieses Versuchs einige Berichtigung bisheriger Grundsätze veranlassen, oder doch wenigstens dazu beitragen, daß die Theorie in manchen Punkten mehr Festigkeit gewinne.

Vorerinnerung.

Eine vollständige Abhandlung der ganzen Lehre vom Beweise vor Gericht war nie in dem Plane des Verfassers. Seine Absicht ist, in einer Reihe zweckmäßig geordneter einzelner Aufsätze zur nähern Kenntniß, und Begründung der Obliegenheit des Beweises, ihrer Bedingungen, und was das Subjekt derselben anbetrifft, einige Beiträge zu liefern. Sein Wunsch ist erreicht, wenn er sich sagen darf, daß die Lehre von der Beweisführung, so weit hier davon die Rede ist, durch diese Art der Behandlung in einigem Betrachte an Gründlichkeit gewonnen habe, und in streitigen Sätzen etwas weiter gebracht sey.

Nützlich schien es, schon aus Gründen, die in der Vorrede zu der Schrift: über Injurien u. s. w. bemerkt sind, die Gesetzstellen, worauf es ankam, meistens wörtlich anzufüh-

ren. An einer Vergleichung seiner Ausführung mit dem, was von Andern gelehrt worden ist, hat es der Verfasser nicht fehlen lassen. Doch glaubt er der Meinung seyn zu dürfen, daß bei Begriffen und Grundsätzen, die aus der Natur der Sache und gesetzlicher Bestimmung geschöpft sind, auf andere Autoritäten wenig ankomme. Dies hat ihn mancher Citaten überhoben. Ausnahmen sind indeß da, wo es nöthig schien, besonders wenn irgendwo eine weitere Ausführung dem Leser vorzüglich zu empfehlen war, durch zweckdienliche Nachweisungen, allerdings gemacht worden.

Häufig sind auch einzelne Rechtsfälle mit den darüber ergangenen Urtheilen angeführt. Sie können theils den vorgetragenen Grundsätzen zur Erläuterung, theils, da die Erfahrung

rung die beste Probe der Theorien ist, auch dazu dienen, die Prüfung jener Grundsätze, in wiefern sie als richtig und erschöpfend gelten können, desto mehr zu erleichtern.

Rostock, den 7ten März 1804.

Dr. A. D. Weber.

Inhalt.

I.

Allgemeine Begriffe — Quellen der Regeln für den Beweis und dessen Führung — Uebersicht der besondern positiven Vorschriften, welche hieher gehören. S. 3

1. 2. Bedeutung der Ausdrücke, beweisen, Beweis, Beweisführung, Gegenbeweis. 3. Hauptzweck aller Beweisführung vor Gericht. 4. Last des Beweises — onus probandi. 5. 6. Allgemeine Angabe der Quellen, und Uebersicht der positiven Anordnungen in Ansehung der gerichtlichen Beweise.

II.

Was muß bewiesen werden? S. 17

1. Nähere Bestimmung der Frage. 2. 3. Das objektive Recht als solches ist kein Gegenstand der gerichtlich nothwendigen Beweisführung — Einige Einschränkungen dieses Satzes. — 4. Ueber den Unterschied der bloß

bloß faktischen und Rechtsfragen; vorzüglich in wiefern jene selbst durch das Gesetz ihre Bestimmung erhalten. 5. Was Rechtens, nicht aber, was faktisch ist, darf der Richter von Amtswegen in den Verhandlungen der Parteien ergänzen. 6. Rechtsfragen können nicht als illiquid zur besondern Ausführung verwiesen werden. 7. Rechtliche Wirkung des Urtheils, wodurch eine gewisse Thatsache zum Beweise verstellt wird. 8. Nöthige Sorgfalt der Richter und Sachwälte in Ansehung dessen, was eigentlich zur Begründung einer vorkommenden Klage und Einrede gehört. 9. Kann definitive erkannt werden, so findet kein Beweisinterlocut Statt. 10. Auch die freiwillige Beweisführung darf der Richter nicht zulassen, wenn sie unerheblich ist. 11. Gehörige Bestimmung des Beweissatzes. 12. Der Richter ist keineswegs an die von den Parteien selbst angeführten Fakta gebunden.

III.

Bestimmung des Grundsatzes: Was schon erwiesen ist, bedarf keines weitern Beweises — imgleichen über das Notorische. S. 38

1. Der geführte und rechtskräftig anerkannte Beweis macht förmliche Wahrheit, jedoch der Regel nach nur unter den streitenden Theilen selbst, nicht gegen einen Dritten. 2. Das Notorische soll keines Beweises bedürfen — Prüfung dieses Satzes.

IV.

Ueber das Geständniß, und dessen rechtliche Wirkung. S. 53

1. Begriff des Geständnisses. 2. Dessen Gegenstände. 3. Glaubwürdigkeit überhaupt. 4. In wiefern es zu den

den Beweismitteln gehöre? 4—10. Wirkungen der Geständnisse. 11. Widerruf oder Zurücknahme derselben; 12—15. besonders vom Irrthume der Advokaten und Anwalte. 16—18. Grundsatz: excipiens non confitetur. 19. Nöthige Vorsicht des Richters bei Berufungen einer Partei auf das Bekenntniß der andern, besonders vom stillschweigenden Geständnisse. 20. Bedingte und qualificirte Geständnisse.

V.

Ueber die Vermuthungen. S. 110

1. Begriff und Eintheilung. 2. Gründe der Vermuthung. 3. Nähere Bestimmung der qualificirten oder Rechtsvermuthungen, und wesentliche Verschiedenheit derselben von der einfachen Vermuthung oder sogenannten praesumtio hominis 4. Nöthige Vorsicht der Richter hiebei. 5. 6. 7. Nicht jede Vermuthung oder Wahrscheinlichkeit, deren die Gesetze erwähnen, ist darum schon als Rechtsvermuthung zu behandeln. Diese und andere Mißdeutungen der Gesetze sind zu vermeiden. — 8. Daraus, daß den Rechten nach etwas nicht zu vermuthen ist, läßt sich noch keine Rechtsvermuthung für das Gegentheil herleiten. 9. 10. Dies wird durch die vermeinten Rechtsvermuthungen für das Pflichtmäßige, für die natürliche Freiheit, und für den rechtmäßigen Erwerb des Besitzers näher erläutert. 11. Ueber den Beweis des Gegentheils einer Rechtsvermuthung. 12. Von der Collision der Vermuthungen.

VI.

Wer muß beweisen?

1.

Angabe einer allgemeinen Regel und deren Begründung überhaupt. S. 154

1. 2. Regel und deren Rechtfertigung.

Inhalt.

Vergleichung mit einigen andern Grundsätzen. S. 157

3. 4. Besonders der neuern Schriftsteller. 5. Ob der Beweis schwer oder leicht zu führen sey, macht hier keinen Unterschied. 6. 7. 8. Ueber den Satz: actori incumbit probatio.

3.

Widerlegung der Regel: Wer etwas bejahet, muß beweisen, nicht der Verneinende. S. 187

9. 10. 11. Diese Regel findet immer noch ihre Anhänger, so unrichtig sie auch ist. Verneinende Sätze können und müssen bewiesen werden; wie das unter andern bei der condictio indebiti, imgleichen dem Vorwande der Minderjährigen, daß die ihrem Vormund angelieheнen Gelder nicht in ihren Nutzen verwandt sind, erläutert wird. 12. 13 Erklärung der Gesetzstellen des Römischen und Canonischen Rechts, welche für die gedachte Regel angeführt zu werden pflegen. 14. 15. Von den verschiedenen ältern und neuern Versuchen den Satz durch nähere Bestimmung und mancherlei Einschränkungen aufrecht zu erhalten 16. Rechtsfälle, worin die Frage vom Beweise einer Verneinung vorkam.

4.

Nähere Erläuterung der allgemeinen Regel nach den einzelnen Forderungen derselben. S. 239

17. Freiwillige Uebernahme der Beweisführung — Bedingungen der Schuldigkeit zu beweisen. 18. 19. Was eigentlich zur Begründung eines Rechts u. s. w. gehört, muß bewiesen werden; dabei ist sorgfältig zu unterscheи

Inhalt.

scheiden, was zum Grunde der Klage, der Einreden und fernern Vorträge zu rechnen ist. 20. 21. 22. 23. 24. 25. Anwendung hievon auf diejenigen Fälle, in welchen über die Veranlassung eines Schadens und in wiefern Jemand diesen zu verantworten habe, gestritten wird. — 26. Beweis der Ursachen einer Enterbung. 27. Einrede des nicht erfüllten Contrakts. 28. Wem liegt der Beweis ob, wenn suis heredibus das beneficium abstinendi wegen der Immixtion bestritten wird; 29. imgleichen wenn ein Schuldner sich gegen den Cessionar des Gläubigers auf das Anastasianische Gesetz beruft. 30. 31. 32. Ferner wenn über die Gültigkeit eines Geschäfts in Ansehung der Form ein Streit entsteht. 33. Ueber die Last des Beweises in Ansehung der Accessorien und Nebentheile einer Hauptsache. — 34. 35. Ueber die nöthige Vorsicht des Richters bei Abfassung des Beweiserkenntnisses in Fällen der in dem Klagevortrag anticipirten Replik des Klägers, imgleichen der als Einrede vorgebrachten Bestreitung des Klagegrundes und wiederum der in der Form eines bloßen Ableugnens vorgetragenen Einrede des Beklagten. 36. Von der exceptio rei non sic sed aliter gestae. 37 — 40. In welcher Ordnung den Parteien die Beweisführung ihrer verschiedenen Anträge der Reihe nach obliege. 41. Das Behaupten einer Sache ist keineswegs eine wesentliche Bedingung der Verbindlichkeit, den Beweis zu führen. 42 — 45. Ueber die Beweisführung in Fällen des qualificirten Geständnisses. 46. Ausnahmen von der allgemeinen Regel.

Ueber

die Verbindlichkeit

zur

Beweisführung

im Civilprozesse.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

I.

Allgemeine Begriffe — Quellen, woraus die Regeln für den Beweis und dessen Führung zu schöpfen sind — Uebersicht der besondern positiven Vorschriften und Anordnungen, welche hieher gehören. —

Beweisen heißt 1) überhaupt nichts anders, als Gründe anführen, woraus die Wahrheit eines Satzes zu erkennen ist. In dieser allgemeinen Bedeutung des Sprachgebrauchs sind sowohl Thatsachen, als Rechtssätze die Gegenstände des Beweises. Die Parteien können Beides in ihren Verhandlungen ausführen; aber auch der Richter beweiset durch die Entscheidungsgründe seines Urtheils, daß so, und nicht anders in der Sache erkannt werden mußte. In der Reihe der Prozeßhandlungen wird 2) durch Beweisen im förmlichen Ver-

stande die Handlung bezeichnet, da eine Partei rechtsgültige Gründe beibringt, um den Richter, als solchen, von einer Behauptung, die er sonst nicht als wahr anzunehmen hätte, zu überzeugen. In diesem Verstande ist hier nur die Rede davon.

I

Der Römische Ausdruck: *probare* hat zwar eben diese doppelte Bedeutung, aber auch sonst noch verschiedene andere, die eigentlich nicht hieher gehören, und allenfalls bei **Brissonius** und **Gesner** weiter nachzusehen sind. Die Gesetze bedienen sich auch bisweilen des Worts: *implere* als gleichbedeutend mit beweisen, probare. (1) Nach dem gewöhnlichen Gange des Prozesses ist es vorzüglich der Kläger, von dem der Richter Beweise erwartet, daher die Worte: petitoris partibus fungi, besonders auch auf das förmliche Beweisen hindeuten (2).

Der

(1) L. 19. L. 23. D. L. I. C. *de probationib.*

(2) L. 15. in fine D. *de Novi oper. nunc.* L. 14. D. de probat. L. 7. §. 5. D. de lib. causa. L. 8. §. 3. D. Si servit. pet. Dies wird in der Folge (VI.) noch näher erläutert.

Der Ausdruck **Beweis** bezeichnet **einmal** so 2
viel, als den Grund selbst, oder den Inbegriff von Gründen, woraus die Wahrheit einer Behauptung gefolgert wird, — überhaupt also auch die Mittel, welche angewandt werden, um die Richtigkeit eines Satzes außer Zweifel zu setzen. Eigentlich und genau betrachtet kann freilich nur das ein Beweis genannt werden, wodurch eine Sache wirklich begründet wird. Was einen Satz nicht außer Zweifel setzt, ist auch eigentlich kein Grund für die Wahrheit desselben. Man gebraucht aber den Ausdruck: Grund, auch in der Beziehung, da etwas als Grund vorgebracht wird, und so nennt man auch Beweise, was zum Zweck der rechtlichen Ueberzeugung des Richters in Prozeßsachen vorkommt. Daher die Redensarten: ich habe die stärksten Beweise für mich, — die Beweisgründe des Gegners taugen nichts u. s. w., imgleichen die Eintheilung der Beweise in vollständige und unvollständige. In dieser Beziehung kann daher nur von ungültigen Beweisen, von falsis probationibus, die Rede seyn, so wie man unter Zeugen und Urkunden überhaupt Personen und Schriften versteht, durch die man etwas glaubwürdig zu machen sucht. Wollte man sagen: durch die etwas bewiesen wird,

oder, wie es in einigen Lehrbüchern heißt: ad fidem faciendam *idoneae*, so würden die Abtheilungen in fähige, unfähige und verdächtige Zeugen, in wahre und falsche Urkunden sehr unschicklich seyn. Im strengern und eigentlichen Verstande wird aber freilich **zweitens** durch Beweis die völlige Begründung einer Behauptung angedeutet, d. i. was eine Sache zur Gewißheit bringt, die Wahrheit derselben außer Zweifel setzt. **Drittens** bezeichnet der Ausdruck Beweis auch eine Handlung, und zwar besonders die Handlung des Beweisens im förmlichen Verstande, die man auch Beweisführung nennt, — actus probandi — d. i. die wirkliche Darstellung oder Beibringung der Gründe für eine gewisse Behauptung — die Anwendung der Mittel, welche zur Ueberzeugung eines Andern, hier des Richters, abzwecken. In diesem Verstande sagt man: auf Beweis erkennen, mir liegt der Beweis ob, den Beweis antreten, versäumen, oder desert werden lassen (3 a). Wird der Beweis

von

(3 a) Man vergleiche übrigens hiebei noch Walch über die Begriffe, welche mit den Wörtern Beweisen, Beweismittel und Beweis verbunden werden; in dessen und Martin's Magazin für den gem. Deutsch. bürgerl. Prozeß I. 1. 2. und Gönner's Revision des

Be-

von einer Partei geführt, um das Gegentheil dessen zu zeigen, was die andere eigentlich zu beweisen sucht, so heißt er **Gegenbeweis** (3b).

Die Beweise, welche in Rechtssachen vor Gericht geführt werden, haben die Bewirkung der rechtlichen Glaubwürdigkeit — veritas juridica s. forensis — zur Absicht. Sie werden geführt, nicht um den Gegner, der in den meisten Fällen immer ungläubig bleiben würde, selbst nicht um den Richter, als Menschen, völlig zu überzeugen, sondern ihr Zweck ist schon erreicht, wenn die Wahrheit einer Behauptung mit Gründen unterstützt ist, die das Gesetz als hinreichend anerkannt hat, um eine vor Gericht geltende Gewißheit darauf zu bauen (4). 3

Der

Begriffs vom Beweise, mit den daraus abzuleitenden allgemeinen Grundsätzen; in seinem Handb. des Deutsch. gem. Proz. II. 32.

(3b) Wenn der Beklagte seine Einreden, oder der Kläger die Replik im eigentlichen Verstande zu beweisen sucht, so ist das kein Gegenbeweis, vielmehr dieser alsdann in beiden Fällen dem Gegentheile freizulassen. Die Eintheilung in reprobationem directam et indirectam ist an sich falsch.

(4) J. F. Reitemeier's Wahrheit vor Gericht. Frankfurt 1802.

4 Der Ausdruck: Last des Beweises, Beweislast, onus probandi, ist der Sache sehr angemessen. Die gerichtliche Beweisführung hat, an sich betrachtet, manche und große Schwierigkeiten, so sehr auch die Gesetze gesucht haben, so weit es mit Recht geschehen kann, sie zu erleichtern. An den gewöhnlichen Beweismitteln durch Zeugen und Urkunden fehlt es in unendlich vielen Fällen; freilich sehr oft durch eigne Schuld und Vernachlässigung der Parteien, welche die wichtigsten Rechtsgeschäfte abzumachen im Stande sind, ohne dabei auf Beweise für die Fälle künftiger Streitigkeiten Bedacht zu nehmen; und wenn man auch überhaupt von jenen Mitteln nicht ganz verlassen ist, wie leicht ist nicht das darauf gesetzte Vertrauen getäuscht, wie viel hängt dabei nicht von der Zeugen Redlichkeit, von ihrer Fähigkeit zu beobachten, das Wahrgenommene zu behalten, und andern mitzutheilen, von der Bestimmtheit ihrer Aussagen, von der Beurtheilung des Richters, und dem Gewissen des Gegners ab? Wie leicht kann eine Urkunde durch eidliche Ableugnung vernichtet, oder ihre Beweiskraft durch unrichtige Deutung vereitelt werden? Alles dieses kann natürlich den Ausgang einer Streitsache, wenn sie zum Beweise verstellt wird, sehr mißlich und ungewiß machen. Wer aber auch

hof-

hoffen darf, allen diesen Schwierigkeiten glücklich zu entgehen, wird doch wenigstens in dem Zeitverlust, den die Beweisführung gewöhnlich nach sich zieht, keine geringe Beläſtigung finden. Die Erfahrung lehrt daher, aber sie rechtfertigt es auch zugleich, daß Parteien in der Verhandlung ihrer Rechtssachen nichts so sehr, als die Uebernehmung gerichtlicher Beweise zu vermeiden suchen, vielmehr alles anwenden, um diese Last von sich auf ihre Gegner zu bringen. Bei den vielen Streitigkeiten, welche gerade hierüber zu entstehen pflegen, ist es also desto nöthiger, daß es an gewissen Regeln und Grundsätzen nicht fehle, wonach dieser Punkt in vorkommenden Fällen richtig zu entscheiden sey; und desto weniger wird das Bemühen, hiezu Anleitung zu geben, einer weitern Rechtfertigung bedürfen.

Die Quellen, woraus diese Regeln für den Beweis und dessen Führung überhaupt geschöpft werden müssen, sind zunächst die Vorschriften der positiven Gesetze und Prozeßordnungen nach der bekannten Folge, wie sie in Gerichten zur Anwendung kommen, und wo sie für die vorkommenden Fälle keine Auskunft ertheilen, die Grundsätze, welche das Vernunftrecht nach der Natur der Sache,

che, und die angewandte Logik an die Hand geben.

6 Die Unmöglichkeit in Thatsachen die Glaubwürdigkeit bis zur Evidenz und mathematischen Gewißheit zu bringen, die Gefahr, worin man in Rücksicht auf persönliche Freiheit und Eigenthum, durch willkührliche Zumuthung der Beweise, durch übertriebenen Zweifel, Mißtrauen oder zu große Leichtgläubigkeit der Richter gerathen kann; alles dieses mußte die Gesetzgebung sehr bald veranlassen, dem Zweifel der Gerichte bestimmte Gränzen anzuweisen, die Objekte des Beweises, die Verbindlichkeit, ihn zu führen, die Beweisarten, und die Gründe der förmlichen Wahrheit überhaupt, so weit es thunlich ist, genau zu bestimmen. Käme es bloß darauf an, den Richter, **als Menschen**, von der Wahrheit einer Behauptung zu überzeugen, so würde das Schicksal der Parteien sehr übel daran seyn, und Mancher mit den bündigsten Beweisgründen den Unglauben der Richter nicht überwinden können, wenn dagegen ein Anderer mit den leichtesten Scheingründen bei einem Richter sein Glück machte, den bald Leichtsinn, bald eine gewisse gutmüthige Denkungsart, bald Vorurtheile, persönlicher Haß, oder leidenschaftliche Zuneigung

gegen

gegen diese oder jene Personen, bald Mangel an Einsichten oder Erfahrungen, nur zu leicht für oder wider eine Behauptung bestimmen konnten. So weit es menschlichen Anstalten möglich ist — und mehr muß und wird kein Vernünftiger hier erwarten — haben unsere Gesetze im Ganzen diesen Uebeln vorzubeugen gesucht, und vor allen Dingen 1) den Richter in Ansehung dessen, was bewiesen werden muß, nicht ganz ohne nähere Anweisung gelassen, ihn dabei auf die Natur der Sache geleitet, die auch in den nicht bestimmten Fällen seine Führerin seyn muß. Eben so sind 2) die Regeln zur Bestimmung der Frage: Wer den Beweis führen müsse? aus den wesentlichen Verhältnissen der Streitsachen vor Gericht geschöpft, diesen aber auch Ausnahmen beigefügt, welche Billigkeit und persönliche Rücksichten zu erfordern schienen. Sie haben 3) die Beweisgründe, welche rechtlich die Wahrheit einer Behauptung völlig begründen, und daher den Richter nöthigen sollen, die dadurch beglaubigten Thatsachen als wahr anzunehmen, wie groß auch sein Zweifel dagegen seyn mag, genau zu bestimmen gesucht. Nicht nur die directen Beweise, welche gerade zu auf einen gewissen Satz führen, sind in dieser Hinsicht von den Gesetzen angedeutet, sondern auch 4) die

Fol-

Folgerungen aus andern Thatsachen auf die Wahrheit oder Unwahrheit eines zu beweisenden Umstands — probatio artificialis — dabei nicht außer Acht gelassen. Es giebt freilich Fälle, wo diese Folgerungen so dringend aus der Natur der Sache hervorgehen, daß die gesunde Vernunft unbedingt genöthigt ist, sie als wahr anzuerkennen, z. B. daß Jemand nicht an zweien Orten zugleich seyn, hier eine Handlung vornehmen, und doch anderswo zur selbigen Zeit sich habe aufhalten können. Auf Fälle dieser Art brauchte freilich die Gesetzgebung keinen Richter erst aufmerksam zu machen. Seine Vernunft bringt in ihren eignen und unveränderlichen Gesetzen schon die Regeln dafür mit. Es bleibt aber eine Menge anderer Fälle übrig, wo dergleichen Schlüsse aus Begebenheiten, Eigenschaften und Verhältnissen der Personen und Sachen, wenn sie gleich mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, und mit dem Resultate der Erfahrung meistens zusammentreffen, dennoch in keiner ganz nothwendigen Abfolge davon stehen, die Möglichkeit des Gegentheils zulassen, und also trügen können. Diese sind es, die eine nähere Bestimmung nicht allein gestatten, sondern auch wirklich erfordern, um der Willkühr des Richters nicht Alles Preis zu geben, vorzüglich um der Streitlust und

Chikane billige Gränzen zu setzen, und selbst die Forderungen der Gerechtigkeit in Ansehung des Beweises der Thatsachen nicht ins Unendliche zu übertreiben, sondern vielmehr nach Möglichkeit mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge im Einverständniß zu erhalten.

Daher die Anordnungen der Gesetze, wodurch gewisse Folgerungen aus gewissen Thatsachen dergestalt sanctionirt sind, daß der Richter, sobald jene Thatsache erwiesen ist, oder als gewiß und nicht bestritten in den Akten vorkommt, auch die gesetzlich anerkannte Folgerung daraus gelten lassen, und als richtig annehmen muß, bis das mögliche Gegentheil von dem, der es für sich anführt, bewiesen wird — praesumtio juris. — Besonders gehören auch hieher die gesetzlich bestimmten Erklärungsregeln, wodurch dem Richter in zweifelhaften Fällen der Verträge und andern Verfügungen zu Hülfe gekommen wird. Einen wichtigen Theil der positiven Anordnung machen 5) die Zeitbestimmungen und andere Vorschriften in Ansehung der Form der gerichtlichen Beweise aus. Die Gesetzgebung sucht endlich 6) nicht allein die Beweisführung durch manche Anstalten zu erleichtern, indem sie den Staatsbürgern, denen es darum zu thun

ist,

Folgerungen aus andern Thatsachen auf die Wahrheit oder Unwahrheit eines zu beweisenden Umstands — probatio artificialis — dabei nicht außer Acht gelassen. Es giebt freilich Fälle, wo diese Folgerungen so dringend aus der Natur der Sache hervorgehen, daß die gesunde Vernunft unbedingt genöthigt ist, sie als wahr anzuerkennen, z. B. daß Jemand nicht an zweien Orten zugleich seyn, hier eine Handlung vornehmen, und doch anderswo zur selbigen Zeit sich habe aufhalten können. Auf Fälle dieser Art brauchte freilich die Gesetzgebung keinen Richter erst aufmerksam zu machen. Seine Vernunft bringt in ihren eignen und unveränderlichen Gesetzen schon die Regeln dafür mit. Es bleibt aber eine Menge anderer Fälle übrig, wo dergleichen Schlüsse aus Begebenheiten, Eigenschaften und Verhältnissen der Personen und Sachen, wenn sie gleich mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, und mit dem Resultate der Erfahrung meistens zusammentreffen, dennoch in keiner ganz nothwendigen Abfolge davon stehen, die Möglichkeit des Gegentheils zulassen, und also trügen können. Diese sind es, die eine nähere Bestimmung nicht allein gestatten, sondern auch wirklich erfordern, um der Willkühr des Richters nicht Alles Preis zu geben, vorzüglich um der Streitlust und

Chikane billige Gränzen zu setzen, und selbst die Forderungen der Gerechtigkeit in Ansehung des Beweises der Thatsachen nicht ins Unendliche zu übertreiben, sondern vielmehr nach Möglichkeit mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge im Einverständniß zu erhalten.

Daher die Anordnungen der Gesetze, wodurch gewisse Folgerungen aus gewissen Thatsachen dergestalt sanctionirt sind, daß der Richter, sobald jene Thatsache erwiesen ist, oder als gewiß und nicht bestritten in den Akten vorkommt, auch die gesetzlich anerkannte Folgerung daraus gelten lassen, und als richtig annehmen muß, bis das mögliche Gegentheil von dem, der es für sich anführt, bewiesen wird — praesumtio juris. — Besonders gehören auch hieher die gesetzlich bestimmten Erklärungsregeln, wodurch dem Richter in zweifelhaften Fällen der Verträge und andern Verfügungen zu Hülfe gekommen wird. Einen wichtigen Theil der positiven Anordnung machen 5) die Zeitbestimmungen und andere Vorschriften in Ansehung der Form der gerichtlichen Beweise aus. Die Gesetzgebung sucht endlich 6) nicht allein die Beweisführung durch manche Anstalten zu erleichtern, indem sie den Staatsbürgern, denen es darum zu thun

ist,

ist, ihre Rechtsgeschäfte öffentlich zu beglaubigen, zweckdienliche Mittel dazu anweiset, sondern auch nach Möglichkeit den Parteien zu Hülfe zu kommen, denen es nicht an Recht, wohl aber an vollständigen juridischen Beweisen gebricht, oder denen doch daran gelegen ist, die Sache mit Vermeidung weitläufiger Ausführung zu schlichten. Daher die Gestattung der Eidesdelation, und die Einführung der gesetzlichen Entscheidungseide.

Mehr und weniger haben sich zwar unsere in Deutschland geltenden Civilrechte die bisher angeführten Bestimmungen wirklich angelegen seyn lassen. Daß sie aber in jedem einzelnen Betrachte schon Alles geleistet hätten, was man von einer guten Gerichtsordnung erwartet, läßt sich freilich nicht behaupten, ohne ihre Vorzüge über den wahren Werth zu erheben. Was die Fragen anbetrifft, denen diese Schrift vorzüglich gewidmet ist, so wird man bei einiger Vergleichung sehr bald genöthigt, dem Römischen Rechte, wenn es gleich noch Manches zu ergänzen übrig läßt, doch wenigstens in Ansehung der Vollständigkeit den ersten Platz unter den übrigen gemeinen Rechten einzuräumen. Die Deutschen Reichsgesetze schränken sich nur auf die Förmlichkeiten des Beweises ein,

und

und berühren die Sache, worauf es hier ankommt, kaum. Was das Canonische Recht darüber enthält, ist häufig aus dem Römischen entlehnt, dabei aber nicht von Mißdeutungen und falschen Ansichten der Dinge freigeblieben, wovon unter andern bei dem Beweise der Verneinung Beispiele vorkommen.

Die Lehrbücher und Systeme des Civilrechts haben die Entscheidungen einzelner Rechtsfälle, welche der Titel: de probationibus sowohl in den Pandekten als auch im Codex enthält, nicht immer gehörig genutzt, um die aus der Natur der Sache geschöpften Grundsätze, worauf jene Entscheidungen beruhen, sorgfältig zu erforschen, und eine vollständige allgemeine Theorie daraus zu bilden. Man hat gerade das, was im Text des Gesetzbuchs die Hauptsache ist, und wovon dieses so mancherlei Ansichten darbietet, mit ein Paar allgemeinen Bemerkungen abmachen zu können geglaubt, die, weil sie in der Anwendung häufig ihren Dienst versagen, theils das jus controversum stattlich bereichert, theils aber in der wirklichen Rechtspflege manchen Nachtheil verursacht haben.

Die Frage: Was eigentlich zu beweisen sey? hat unsere Gelehrten im Ganzen weniger, als die

andere: wer die Last des Beweises zu übernehmen habe? beschäftigt. Diese hat bekanntlich von Zeit zu Zeit besondere Schriften veranlaßt, (5) jene findet man nur da, wo sie der Vollständigkeit wegen nicht zu übergehen war, im Vortrage des ganzen Civilrechts, in den Handbüchern der Prozeßtheorie, und den einzelnen Werken vom Beweise überhaupt, jedoch meistens nur, kurz beantwortet. In beider Rücksicht dürfte noch Manches zu ergänzen übrig seyn.

(5) Danz Grundſ. des ordentl. Proz. §. 232. u. die daſ. angef DD. denen unter den ältern noch *Fulv. Paciani* tract. Cui incumbat onus probandi Frf. 1631. und unter den neuern noch *G. M.* de *Mezger* de onere probandi, et cauſis quae litigantem ab eo immunem reddunt, Altorf. 1800 beizufügen ſind.

II.

Was muß bewiesen werden?

Nur von der rechtlichen Nothwendigkeit des Be- 1
weises ist hier die Rede, in sofern die eine oder die andere Partei ihn führen muß, um den Richter, als solchen, von der Wahrheit eines Satzes zu überzeugen, den er ohne diesen Beweis nicht als gegründet anerkennen darf, gesetzt auch, daß er als Mensch keinen Zweifel dagegen hege. Ganz deutlich geht hieraus A) im Allgemeinen folgende Antwort auf die angekündigte Frage hervor: **Was der Richter als solcher zum Zweck der Untersuchung und Entscheidung einer vorkommenden Rechtssache zu wissen nöthig hat, und was er nicht als Richter schon weiß, oder wenigstens wissen muß, ist ein Gegenstand der rechtlich nothwendigen Beweisführung.** Wird nun besonders B) in Beziehung auf einzelne gegebene Rechte oder Befreiungen gefragt, was zu beweisen sey? so ist die Antwort diese: **Alles, worauf das vorkommende Recht, oder die Befreiung, wovon die Rede ist, sich gründet,**

det, aber auch nur dieses, muß bewiesen werden, insofern es dem Richter, als solchem, nicht schon bekannt ist, oder wenigstens ohne weitere Ausführung bekannt seyn muß.

2 Das Recht — jus pro lege s. objective sumtum — **weiß**, oder **sollte** wenigstens der Richter selbst schon wissen, und Thatsachen, von denen die Entscheidung der vorkommenden Rechtssache nicht abhängt, **braucht** er nicht zu wissen, mithin kann er über diese so wenig, als über jenes den Parteien eine Beweisführung aufbürden. Nichts kann also ausgemachter seyn, als daß der gerichtliche und rechtlich nothwendige Beweis sich nur auf **erhebliche**, d. i. bei der Entscheidung des Streits nicht **gleichgültige** Thatsachen einschränke. Natürlich müssen aber diese Thatsachen 1) unter den Parteien noch streitig und nicht schon rechtlich in Gewißheit gesetzt seyn, noch 2) eine durch das Gesetz sanctionirte Vermuthung für sich haben.

3 So einleuchtend wahr dies Alles an sich und im Allgemeinen auch ist, so erfordert es doch in mancher Rücksicht noch einige nähere Erleuterung.

Daß vor Gericht theils über Rechtssätze, theils über faktische Fragen gestritten wird, lehrt

frei=

freilich die Erfahrung. Beides gehört auch allerdings zur Ausführung der Parteien, und es ist manchen Richtern höchst dienlich, auf diesem Wege auch an Rechtswahrheiten erinnert zu werden, die ihnen sonst vielleicht nicht gegenwärtig gewesen seyn möchten. Allein zu den Obliegenheiten eines streitenden Theils gehört es doch nicht, das Recht, was in Ansehung der vorkommenden Thatsachen Statt findet, zu beweisen. Der Grund hievon ist, weil der Richter dazu bestellt wird, um durch seinen Ausspruch den Parteien zu erkennen zu geben, was die im Staate geltenden Gesetze in ihrer Angelegenheit mit sich bringen, daher er auch die Vorschriften der Gesetze, und was diesen gemäß ist, zu wissen verbunden ist, und nicht verlangen kann, über das objektive Recht, was die Parteien eben von ihm erfahren wollen, erst von diesen belehrt zu werden (1). Sobald aber der ge-

(1) Cap. 44. X. *de appellat.* (II. 28.) verb. quum frequenter juris quaestio moveatur, cujus apud nos probationes *necessariae* non existunt. vid. *Boehmer* ibid. in not. Zwar sagt Paulus L. 5. D. de probat. Ab ea parte, quae dicit, adversarium suum ab aliquo jure prohibitum esse, specialiter *lege* vel *constitutione*, id probari oportere. Allein

dachte Grund bei irgend einer Streitfrage, selbst wenn sie auch das Recht betrifft, wegfällt, so kann auch

diese Worte enthalten keine Abweichung von der angeführten Regel. Es ist hier von Befugnissen die Rede, die an sich zu den gemeinen Rechten gehören, von denen aber gewisse Personen durch besondere Vorschriften ausgeschlossen sind. Macht nun Jemand vor Gericht Andern dergleichen Recht streitig, so brauchen diese ihre Fähigkeit dazu nicht zu beweisen, sondern sie erwarten mit Recht von jenem den Beweis, daß sie zu denen gehören, die durch besondere Ausnahmen davon ausgeschlossen sind. Nicht anders sind auch die Worte Ulpians L. 19. §. 2. D. ibid. zu erklären: Sed etsi procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuisset adversario dare vel fieri procuratorem, probare id oportet objicientem exceptionem. Die Gesetze bestimmen hier nur die Frage: Wer beweisen müsse? ohne die Frage: Was zu beweisen sey? näher zu entscheiden. Dies muß also nach den Grundsätzen, die sonst davon gelten, auch hier beantwortet werden. Das besondere Gesetz, oder die rechtlichen Ausnahmen, als Rechtssatz betrachtet, bedarf daher keines Beweises, wohl aber der faktische Grund der Ausschließung, daß dieser nämlich gerade so zutreffe, und wirklich so vorhanden sey, wie ihn das Gesetz oder die besondere Vorschrift voraussetzt. *Lauterbach* colleg. theor. pract. XXIII. 3. 22.

auch von jener Regel kein Gebrauch gemacht werden. Zuvörderst ist der Richter nicht schuldig, die Gesetze eines auswärtigen Staats zu kennen. Kommen diese gleichwohl bei Rechtssachen, die er zu entscheiden hat, in Anwendung, so ist er allerdings berechtigt, den Parteien die Beibringung derselben oder die Bewahrheitung der auswärtigen Rechtsnorm aufzugeben — Zweitens, was die in dem Staate, dem er dient, geltenden Gesetze betrifft, so darf kein Richter die von der Gesetzgebung selbst und unter ihrer Autorität ausdrücklich ergangenen Vorschriften — jus scriptum — oder recipirten fremden Rechte, ignoriren. Es ist freilich eine faktische Frage: ob ein Gesetz gegeben, und gehörig bekannt gemacht sey, oder nicht? und man hat sich unter den Rechtsgelehrten darüber gestritten, was in diesem Betracht zu vermuthen, mithin von wem der Beweis zu führen sey. Sonderbar genug! Denn was kann bei näherer Prüfung der Sache wohl einleuchtender seyn, als die Pflicht des Richters, sich selbst, und ohne Zuthun der Parteien, die gehörige Kenntniß von der Existenz bestehender Landesgesetze, und von der gehörigen Vorschrift derselben zu verschaffen. Er kann also die Gültigkeit irgend einer Verordnung, oder die rechtsbeständige Vorschrift und Bekanntmachung derselben

nie zum förmlichen Beweise der Parteien ausstellen. Dahingegen ist es, und kann es die Pflicht des Richters nicht seyn, alle von dem Regenten etwa ertheilten Privilegien, imgleichen alle nicht von der Gesetzgebung selbst vorgeschriebenen, sondern durch den Gebrauch der Staatsbürger eingeführten Rechtsnormen zu wissen. Hierüber kann er also dem, dessen Ansprüche sich darauf gründen, allerdings die Beweisführung auflegen. In der That aber betrifft diese alsdann auch nur die faktischen Fragen: ob Jemanden das behauptete Privilegium wirklich ertheilt sey, und ob man bisher eine gewisse Regel als verbindliche Rechtsnorm beobachtet habe? Dahingegen, wenn diese Thatsachen erst beigebracht sind, das Rechtsverhältniß derselben, die Gültigkeit und Wirkung der Privilegien und Gewohnheiten nicht mehr vom Beweise der Parteien abhängen, sondern, wie jede andere Rechtsfrage ohne weitere Ausführung vom Richter zu bestimmen sind.

4 Im Allgemeinen weiß freilich ein Jeder, daß es **Rechtsfragen** sind, wenn es darauf ankommt, was geschehen soll, oder darf, welche Folgen das Gesetz mit einer Handlung verbindet u. s. w.; **faktisch** hingegen die Frage: was geschehen ist,

was

was wirklich geschieht, was vorhanden oder gewesen ist, welche Absicht der Urheber einer Handlung dabei gehegt habe? (²) u. d. m. Allein darauf wird nicht immer gehörig geachtet, daß den Vorschriften der Gesetze selbst häufig nur eine faktische Frage zum Grunde liegt, durch deren provisorische Bestimmung sie dem Zweifel des Richters, und dem Streite der Parteien gewisse Gränzen zu setzen suchen. Dies findet überall da Statt, wo die Gesetze gewisse Erklärungsregeln für die zweifel-

(²) In L. 20. pr. D. de adquir vel omitt. hered. (XXIX. 2.) heißt es: pro herede autem gerere, *non esse facti, quam animi;* nam *hoc animo esse debet ut velit esse heres.* Offenbar ist pro herede gestio eine Thatsache — res facti —; allein die angeführten Worte sollen eigentlich so viel andeuten, daß Handlungen an sich die Sache, worauf es ankommt, noch nicht ausmachen, sondern alles von der Absicht abhänge, in welcher selbige unternommen wurden. *Voet.* comment. ad Pand. XXIX. 2. 5. Uebrigens haben auch die Römischen Gesetze für das, was eigentlich die Absicht der handelnden Personen bei Geschäften mit sich bringt, vorzüglich den Ausdruck: id quod actum est, und machen es dem Richter zur Pflicht, vor allen Dingen darauf Rücksicht zu nehmen. L. ult. D. *de hered vel act. vend.* L. 7. §. 1. D. *de jure dot.* L. 6. §. 2. D. *de contrah. emt. vend.*

felhafteste Absicht bei irgend einer Handlung, oder für den Sinn zweideutiger Ausdrücke festsetzen, überhaupt wo sie eine eigentliche Rechtsvermuthung sanctioniren, und wird also in dem Abschnitte, welcher von diesem handelt, noch näher erleutert. Hier ist vorläufig nur Folgendes zu bemerken. Wenn das Gesetz sagt: Wer das Pfand an den Schuldner zurück gibt, oder in die Veräußerung desselben einwilligt, gibt sein Pfandrecht auf, so heißt das natürlich nicht, daß der Gläubiger das Eine oder das Andere gar nicht unternehmen dürfe, ohne sein Recht zu verlieren, und daß weiter gar keine Einwendung dagegen Statt finde; sondern das Gesetz bestimmt nur, wie der Richter das Faktum anzusehen, welche Absicht der Parteien er dabei zum Grunde zu legen, und welche Folgen er der Handlung zuzugestehen habe, bis überwiegende Gründe ihn auf etwas anderes leiten. Dieser Beweis des Gegentheils, er mag nun directe durch ausdrücklichen Vorbehalt und andere bestimmte Erklärungen, oder mittelbar aus besondern Umständen und Verhältnissen geführt werden, bleibt immer offen So verhält es sich in allen Fällen, wo die Gesetze nur in Ansehung einer faktischen Frage dies oder jenes bestimmen, besonders auch bei den Erklärungsregeln der Privatverfügungen durch Ver-

träge

träge und Testamente, wovon das Römische Recht theils im Allgemeinen, theils für einzelne Arten zweifelhafter und unbestimmter Ausdrücke so manche Beispiele liefert. Sie dienen dem Richter nur dann zur Norm, wenn nichts weiter bei der Sache als der gesetzlich erklärte Gegenstand an sich, und keine besondere Umstände für eine andere Deutung in Betrachtung kommen. Es ist alsdann freilich eine Rechtsfrage, was die Gesetze am Ende als wahr angenommen wissen wollen, und auch hier weder das punctum juris vom Beweise der Parteien abhängig zu machen, noch steht es dem Richter frei, sich in thesi darüber ganz hinweg zu setzen. Aber die Frage, zu deren Entscheidung dies alles dienen soll, in welcher Absicht nämlich etwas geschehen, in welchem Sinne oder Umfange ein gewisser Ausdruck gebraucht sey? diese Frage bleibt doch immer faktisch, und die erwähnten Bestimmungen der Gesetze sind daher von andern Vorschriften sorgfältig zu unterscheiden, wodurch gewisse Rechte und Verbindlichkeiten als nothwendige Folgen einer Handlung bestimmt werden, und wo die Gesetze nicht eigentlich andeuten, was als geschehen oder nicht geschehen, als gewollt oder nicht gewollt anzunehmen sey, sondern was aus dem wirklich Geschehenen, nachdem dies zuvor erst erwiesen ist,

rechtlich folgen soll. Daß ein Verkäufer für die Mängel der verkauften Sache, oder für die Eviction derselben haften müsse, ist eine rechtliche Folge des Kaufcontrakts, nicht aber, wie jene Vorschrift, nach vermuthlicher Einwilligung des Verkäufers angeordnet, wenn es diesem gleich frei steht, sich durch besondere Verträge gegen die Anforderungen des Käufers wegen der Gewährleistung zu sichern. Der Beweis dieser Verträge, womit er allerdings zu hören ist, betrifft aber nicht, wie in jenen Fällen, gerade das Gegentheil dessen, was die Gesetze bei einer Handlung, die mehrere Deutungen zuläßt, einstweilen vermuthet wissen wollen, sondern eine ganz eigene und besondere Thatsache, wodurch das Recht, welches der Kauf an sich dem Käufer geben würde, weiter eingeschränkt und aufgehoben werden soll.

5 Die bekannte Regel, welche den Richter im Civilprozesse verbindet, nichts bei der Entscheidung zum Grunde zu legen, als was die Akten gewiß und erwiesen mit sich bringen, ist buchstäblich nur von Thatsachen zu verstehen, die er freilich nicht anders für richtig annehmen darf, als wenn die Parteien darüber einig, oder rechtliche Beweise davon vorhanden sind, ohne dabei den Kenntnissen,

die

die er sonst etwa erhalten haben mag, im mindesten folgen zu dürfen. Bloße Rechtssätze hingegen und gesetzliche Vorschriften soll er sogar von Amtswegen ergängen und berichtigen, wenn die Parteien solche entweder gar nicht für sich angeführt, oder unrichtig gefaßt hätten (3). Daß diese Ergänzung da, wo sie **Befugniß** des Richters ist, doch nicht immer zugleich auch dessen **Schuldigkeit** seyn sollte, wie Wehrn hier unterscheidet, läßt sich nicht füglich behaupten. In L. 40. pr. D. de judiciis heißt es zwar: Non quidquid judicis potestati permittitur, id subjicitur juris necessitati. Dies kann in manchem Betrachte wohl zutreffen. Wenn die Parteien z. B. sich

(3) L. un. C. *ut quae desunt Advocat.* (II. 11.). Non dubitandum est, judicem, si quid a litigatoribus vel ab his qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum id supplere, et proferre, quod sciet *legibus et juri publico convenire* — also 1) in facto nichts; mithin auch 2) Rechtssätze nur in sofern, als sie einer Partei wirklich noch zuletzt zu Gute kommen, und insofern die Thatsachen, wovon ihre Anwendung abhängt, ganz unleugbar rechtlich am Tage liegen. Mehr von diesem Ergänzungsamte des Richters ist bei Wehrn von gerichtl. Einwendung. §. 66—68. nachzusehen.

sich gemeinschaftlich der Gerichtsferien begeben; so kann der Richter zwar ihren Anträgen willfahren; aber daraus folgt nicht, daß er es auch müsse. Hingegen daß er die Vorschriften der Gesetze nach Gutbefinden ergänzen und außer Acht lassen könne, dies beweisen die angeführten Worte wohl nicht. Die Anwendung des Rechts auf vorkommende Fälle ist Pflicht des Richters, und er darf hier nichts thun, wozu er nicht auch verbunden ist.

6 Da bloße Rechtssätze von Seiten der Parteien gar keines Beweises bedürfen, so folgt von selbst, daß auch in einer Prozeßart, welche keine illiquiden Einreden gestattet, dennoch eigentliche Rechtsfragen nie als altioris indaginis zur besondern Verhandlung verwiesen werden können. Wie streitig auch immer das Recht unter den Rechtsgelehrten, und wie zweifelhaft es an sich dem Richter seyn mag, so sind doch die Parteien nicht schuldig, es dem Richter auszuführen. Illiquide Einreden sind diejenigen, die noch erst eines Beweises bedürfen. Bloße Rechtssätze erfordern diesen aber nie in dem Verstande, wie hier davon die Rede ist, also können auch Einreden die nur darauf gestükt sind, gar nicht als illiquide

ver-

verworfen werden (4). In Ansehung der Thatsachen, womit es die förmliche Beweisführung eigentlich nur zu thun hat, wird Folgendes noch zur nähern Erläuterung dienen.

7 Das Erkenntniß auf Beweis bringt allemal so viel mit sich, daß die Ansprache oder Befreiung, derentwegen der Beweis gefordert wird, nicht als schon völlig gerechtfertigt, aber auch nicht an sich und unbedingt als ungegründet und verwerflich zu betrachten ist, sondern daß die Entscheidung der Sache nun von der Wahrheit oder Unwahrheit der zum Beweise ausgesetzten Umstände abhängig wird. Hieraus folgt also: a) der Beweisführer darf sich nichts anders als Thatsachen, die mit dem Gegenstande des Streits in der vorhin bemerkten rechtlichen Beziehung stehen, zum Beweise aufdringen lassen. Aber auch b) der Gegner ist nicht schuldig, zuzugeben, daß eine Sache, die wider ihn keinen rechtlichen Erfolg haben kann, dennoch zum Beweise ausgestellt werde. Denn durch das Beweisinterlocut legt der Richter den Thatsachen, wovon es redet, eine günstige Wirkung für den

Be-

(4) *Brockes* observat. select. legum. 443. Man sehe auch die Schrift über die Prozeßkosten. §. 8. N. 9.

Beweisführer bei. Läßt der Gegner sich dies gefallen, so muß er nachher auch leiden, daß die Sache nun nach den Folgen, die diesen Thatsachen rechtskräftig zugestanden sind, entschieden werde. Um dies zu verhüten, wird er suchen müssen, die Rechtskraft des Beweisurtheils zu hintertreiben.

8 Das bisher Gesagte zeigt wohl sehr einleuchtend, wie nöthig, oder eigentlich, wie unentbehrlich die genauere Prüfung Alles dessen, was zur Begründung eines gewissen Rechts, einer daraus angebrachten Klage oder Einrede gehöre, sowohl Richtern als Sachwalter sey; jenen um besonders darnach das Beweisthema gehörig zu bestimmen, und, in wiefern ein versuchter Beweis das Ganze, worauf es ankommt, erschöpfe, zu beurtheilen; diesen um theils beim Anfange eines Rechtsstreits zwischen den leichter oder schwieriger auszuführenden Rechtsmitteln die gehörige Auswahl treffen, und im Voraus auf die erforderlichen Beweise Bedacht nehmen zu können, (5) theils um sich selbst in der Folge die Beweislast nicht ohne Noth zu erschweren, oder ungebührliche Anfinnungen in diesem

(5) Beiträge zu der Lehre v. gerichtl. Klagen und Einred. II. u. III. 10.

sem Betrachte mit rechtlichem Bestande ablehnen, wiederum aber auch mit Erfolg dafür sorgen zu können, daß es dem Gegner, dem ein gewisser Beweis obliegt, nicht gelinge, mit nichts entscheidenden oder unzulänglichen Beweissätzen durchzukommen.

Viele Richter sind freilich geneigt, statt des definitiven Erkenntnisses, sich durch ein Interlocut auf Beweis von der Sache abzuhelfen, wenn sie auch zu jenem schon hinlänglich instruirt ist. Dies hat schon **Leyser** (6) mit Recht getadelt, und dabei die **Ursachen**, welche diese Erscheinung in den Prozessen veranlassen, freimüthig angegeben. Wo der Richter nach zureichenden Gründen definitive entscheiden kann, da ist es höchst ungerecht, durch Erkenntnisse auf Beweis den Ausgang der Sache in **Ungewißheit** zu setzen, wenigstens zu verzögern. 9

Nicht weniger ungerecht ist es, die Ausführung unerheblicher und nichts entscheidender Thatsachen von Gerichtswegen auch nur zuzulassen, wenn eine Partei es darauf anlegt, die förmliche Beweisführung darüber zu anticipiren. Ist es dem Richter nach den Akten und den Rechten schon ein- 10

(6) Meditat. ad Pand. 467. 1.

einleuchtend, daß der Beweis ganz überflüssig sey, so muß er jeden Antrag auf förmliche Einleitung desselben verwerfen. Sonderbar kam der Inhalt eines Urtheils heraus, als der Richter einen gewissen Beweis erst selbst gestattete, auch das gebetene Zeugenverhör verfügt hatte, in der Folge aber den Kläger mit diesen Worten abwies: „daß, wenn er auch probanda probiret hätte; die angebrachte Klage dennoch nicht Statt finden würde.„ Hiebei muß ein ganz eigner Begriff von *probandis* zum Grunde liegen, die, wenn sie auch erwiesen, (probiret) sind, dennoch dem Beweisführer nicht zu Gute kommen sollen. Sichtlich stand dies Erkenntniß mit dem vorigen Verfahren des Richters in dem hellsten Widerspruche.

11 Das Faktische, was zum Beweise verstellt wird, kann 1) in einzelnen völlig bestimmten Handlungen bestehen. Z. B. daß Verklagter mit Klägern diesen oder jenen Contrakt geschlossen, die Zahlung geleistet habe. Hier muß natürlich die Beweisführung gerade auf diese einzelnen facta gerichtet werden, und der Beweissatz ist durch den Gegenstand selbst hinlänglich bestimmt. 2) In allgemeinen Vorwürfen, Eigenschaften, Verhältnissen und Erwerbungen der Rechte überhaupt z. B.

wenn

wenn es darauf ankommt, das Eigenthum einer Sache, andere dingliche Rechte, besonders sogenannte Gerechtigkeiten, das Versehen eines Andern u. d. m. zu beweisen. Dies läßt sich durch mehrere einzelne Thatsachen auf mancherlei Art ausführen, und es genügt daher, wenn der Beweisführer nur solche Umstände, mit welchen der allgemeine Gegenstand des Beweises in einer richtigen Abfolge steht, — facta concludentia — beibringt.

Der Richter hat nun ganz vorzüglich für die gehörige Bestimmung des Beweissatzes zu sorgen, damit durch ungebührliche Einschränkung oder Ausdehnung desselben, imgleichen durch das Schwankende und durch Unbestimmtheit des Ausdrucks die Rechtsverfolgung oder die rechtmäßige Vertheidigung dagegen nicht ganz vereitelt, oder doch wenigstens ungerechter Weise erschwert werde.

Daß die ältere Form: **Kläger solle den Grund der Klage, und so viel ihm daran verneint worden, beweisen**, zu nichts tauge, als bequemen Richtern die Sache leicht zu machen, daß sie im Gegentheil in der Folge sehr leicht zu unnützen Streitigkeiten über den Umfang des Beweises, und dazu, daß dieser eine ganz falsche

Richtung erhalte, einen Anlaß geben könne, darüber ist man jetzt wohl ziemlich einverstanden. Inwiefern aber bei jenen Gegenständen des Streits, wo der Grund einer Klage oder Einrede bald aus dieser, bald aus jener Thatsache bewahrheitet werden kann, der Beweis nur auf die Wahrheit dieser Behauptung im Ganzen zu richten sey, z. B. daß Kläger oder Verklagter das behauptete Eigenthum — die dem Gegner vorgeworfene culpa etc. zu beweisen schuldig, so daß dem Beweisführer nun überlassen werde, mit welchen einzelnen Thatsachen er die Wahrheit seiner Behauptung näher zu begründen vermeine, oder ob die besondern facta, welche zu diesem Zweck bereits in den Verhandlungen vorkommen, namentlich im Urtheile mit angeführt, und zum Beweise ausgesetzt werden müssen, läßt sich vielleicht im Allgemeinen nicht geradezu bestimmen (7). Im Durchschnitt genommen, möchte das Erstere wohl den Vorzug verdienen, indessen kann doch den Eigenheiten vorkommender Fälle das Gegentheil angemessener seyn. Wenn der Klä-

(7) vergl. von Tevenar Theorie d. Beweise pag. 170 bis 173. Claproth ordentl. Proz. §. 214. Danz Grundf. d. gemein. ord. Proz. §. 233. Gönner in den Erörterungen zu Danz. pag. 65.

Kläger es gerade für gut findet, zur Zeit nur aus einer gewissen Erwerbart das Eigenthum zu behaupten und zu verfolgen, so dürfte es richtiger seyn, den Beweissatz auch hierauf nur einzuschränken; wenigstens den von ihm angegebenen Grund des Eigenthums auszudrücken, und ihm durch den Zusatz: oder sonst dessen Erwerb zu beweisen, die Beibringung anderer Gründe nur frei zu lassen, damit aus einer zu allgemeinen Fassung des Beweissatzes in der Folge, wenn aus andern Gründen geklagt wird, dem Gegner zu frivolen Ausflüchten wegen vermeinter Rechtskraft kein Anlaß gegeben werde. Hat ferner eine Partei zur Begründung ihres Vorgebens zum Theil solche Thatsachen angeführt, die, wenn sie auch erweislich wären, doch die daraus abgeleitete Folge nicht rechtfertigen würden, so ist es desto nöthiger, daß der Richter durch genauere Bestimmung, was eigentlich in facto zu erweisen sey, besonders auch durch Verwerfung dessen, was nicht dahin gehört, den unnützen Ausführungen ganz unerheblicher Umstände zuvorkomme, wozu sonst der allgemeine und unbestimmte Ausdruck des Urtheils leicht einen Anlaß geben kann.

12 Ueberhaupt ist der Richter keineswegs an die von einer Partei, welche zu beweisen hat, selbst angeführten facta, durchaus gebunden. Was den faktischen Grund der Klage oder Einrede ausmacht, muß bewiesen werden, er mag beim Vortrag derselben schon bestimmt angeführt seyn oder nicht. Der Richter soll nichts in facto von Amtswegen ergänzen, d. h. keine Thatsachen bei der Entscheidung zum Grunde legen, wenn die Akten selbst darüber keine Auskunft geben. Aber damit ist nicht gesagt, daß er sich gerade nur an den Vortrag der Klage oder der Einreden binden müsse. **Leyser** (8) bemerkt sehr richtig: Judex sententiam laturus ante omnia libellum quidem inspiciet, ex eoque quid actor petierit, cognoscet; deinde vero naturam negotii, quod in judicium deductum est, ante oculos habebit, postea acta et probata accurate considerabit, et perspecto ex iis facto secundum jus et aequitatem, quae in *L. 8. C. de judiciis* juri stricto praeferri jubetur, judicabit, rationem vero libelli aliter, quam quo usque is cum indole negotii actisque et probatis convenit, non habebit. Igitur, si petitionem acto-

(8) De non necessaria sentent. ad libell. conformat. Med. ad D. 468. 18.

actoris vel cum negotii natura, vel cum actis et probatis, vel cum juſtitia et aequitate pugnare animadvertet, liberrime ab eo recedet, et vel aliud plane, quam quod petitum eſt, vel *alio modo* decernet. Er hat dies alles ſo gründlich weiter ausgeführt, daß es völlig genügen darf, den Leſer darauf zu verweiſen. Kann daher der Richter ſogar bei völlig entſcheidenden Erkenntniſſen ſich über den Ausdruck der Klagen und exceptiviſchen Vorträge hinwegſetzen, ſo wird es noch weniger Bedenken finden, zuvor noch erſt gewiſſe Thatumſtände, von denen die Entſcheidung der ins Gericht gebrachten Sache abhängt, zum Beweiſe auszuſtellen, obgleich der Vortrag der Parteien ſolche nicht, wenigſtens nicht ſo, wie ſie eigentlich bei der rechtlichen Entſcheidung in Betracht kommen, ausgedruckt hat.

III.

Nähere Bestimmung des Grundsatzes: Was schon erwiesen ist, bedarf keines weitern Beweises; — imgleichen über das Notorische.

1 Thatsachen, die bereits rechtlich erwiesen sind, muß der Richter als wahr annehmen. Er kann also nicht noch einmal Beweise darüber fordern.

Ist ein Umstand ganz ausgemacht und rechtskräftig dafür anerkannt, mithin der Zweck aller Beweisführung schon erreicht, so ist es in einer nothwendigen Folge wenigstens förmlich eben so gewiß, daß das Gegentheil desselben nicht wahr sey, folglich kann auch dieses nicht noch zum Beweise verstellt werden. Wie aber das förmliche Recht, was durch den Ausspruch des Richters erzeugt wird, nur die Parteien bindet, in deren Rechtssachen es ergangen ist, so macht auch ein geführter gerichtlicher Beweis eigentlich nur förmliche Wahrheit unter den Parteien, in deren Rechtsstreite er geführt worden ist. Wird unter andern

Beziehungen dieselbe Thatsache wieder geleugnet, so ist jener Beweis, als res inter alios acta an sich und geradezu noch nicht gleich entscheidend (1). Man kann sich der Mittel, wodurch er geführt worden ist, und der Gründe, welche in andern Sachen die juridische Gewißheit eines Umstandes bewirkt haben, allerdings auch hier bedienen; nicht aber das bestrittene Faktum als schon wirklich erwiesen zum Grunde legen. Der Gegner muß vollständig mit allen Einreden, die er dawider zu haben glaubt, besonders mit Bestreitung der Beweiskraft der in andern Sachen zur Begründung des streitigen Gegenstandes angewandten Mittel, gesetzt auch, daß ihm dort die Rechtskraft solches ganz versagt hätte, gehört, und überhaupt die Sache jetzt wieder in den Weg der ordentlichen Beweisführung eingeleitet werden. Wenn der Richter in seinem Streite mit A das Eigenthum einer

(1) L. 1. C. *Inter alios acta vel jud. aliis non noc.* (VII. 60). Inter alios res gestas aliis non posse praejudicium facere, saepe constitutum est. Unde licet quosdam de heredibus ejus, quem debitorem tuum fuisse significas, soluisse commemores, tamen caeteri non alias ad solutionem urgentur, nisi debitum probatum fuerit.

einer Sache als erwiesen zugesprochen hat, der kann, wenn er dasselbe Objekt in der Folge von B vindicirt, den förmlich von neuem zu führenden Beweis des bestrittenen Eigenthums auf den Grund der rechtlichen Wahrheit, die jener Rechtsstreit darüber darbietet, noch nicht ablehnen. — Wenn eine Civilklage aus einem Verbrechen angestellt, und der Verklagte, nach gegen ihn geführtem Beweise, zur Privatgenugthuung verurtheilt worden ist, so berechtigt dies den Criminalrichter noch nicht gleich, die Sache schon als völlig ausgemacht zu behandeln, und ohne weiteres mit seinem Straferkenntnisse hervorzugehen. Auch umgekehrt kann der zur öffentlichen Strafe Verurtheilte, wenn in der Folge besonders civiliter geklagt, und die That ganz oder zum Theil von ihm geleugnet wird, auf gehörige Beweisführung dringen, und der Kläger diese mit dem Vorwande, daß in der Criminalsache schon alles erwiesen sey, nicht geradezu ablehnen, wenn es ihm gleich unbenommen bleibt, sich der Beweisthümer, die die Criminalakten enthalten, zum Zweck des ihm obliegenden Beweises zu bedienen, wogegen aber der Verklagte mit allen Einreden, die er noch dagegen zu haben glaubt, vollständig gehört werden muß. Das Gegentheil würde schon darum nicht zu billigen seyn, weil

bis-

bisweilen öffentliche, obgleich außerordentliche, Strafen auch ohne vollständigen Beweis des Verbrechens schon auf dringende Wahrscheinlichkeitsgründe erkannt werden. Ich lasse es hier dahin gestellt seyn, in wiefern dies den Rechten gemäß sey. Aber so viel ist doch gewiß, daß der Verklagte dadurch nicht verpflichtet wird, die Sache nun auch im Civilstreite als förmliche Wahrheit anzunehmen. Noch ungerechter wäre es, wenn z. B. ein Ehegatte, der durch seine Schuld die Vermuthung eines begangenen Ehebruchs, und durch diese die Ehescheidung veranlaßt hatte, darum schon gleich zur öffentlichen Strafe des Ehebruchs verurtheilt werden sollte. Der Regel nach können daher die in einer Sache geführten Beweise nicht auch in andern Streitigkeiten, und noch weniger gegen einen Dritten an sich schon zur juridischen Gewißheit als genügend angenommen werden. Nur gewisse Verhältnisse der verschiedenen Rechtssachen gegen einander, besondere Verfügung der Gesetze, und persönliche Beziehungen der Parteien können Ausnahmen von dieser Regel veranlassen. Wer z. B. mit einem rechtmäßigen Gegner über den persönlichen Zustand gestritten hat, kann den über das Daseyn oder Nichtdaseyn des Zustandes geführten Beweis, und das darauf ergangene

rechts-

rechtskräftige Erkenntniß in der Folge überall auch wider jeden Andern als förmliche Wahrheit und förmliches Recht geldend machen — (²). Ueberhaupt gehören zu diesen Ausnahmen die bekannten Fälle, in welchen die unter gewissen Parteien eingetretene Rechtskraft gegen einen Dritten wirksam ist, weil hieraus von selbst folgt, daß alsdann auch die förmliche Wahrheit der Thatsachen, worauf sich diese

(²) L. 25. D. *de statu hominum* (I. 5.) Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate accipitur. L. 1. §. fin. L. 2. L. 3. pr. D. *de agnoscend. at alend. lib.* (XXV. 3.) Quae causa si fuerit acta apud judicem, et pronunciaverit, quum de hoc agetur, quod ex eo praegnans fuerit nec ne, in ea causa esse, ut agnosci debeat, sive filius non fuit, sive fuit, esse suum, *in omnibus causis, quare et fratribus* suis consanguineus erit. Sive contra pronunciaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit; placet enim ejus rei judicem jus facere, et ita *Marcellus* libro septimo Digestorum probat. Eoque jure utimur — L. 3. Dig. *de collus. detegenda.* (XL. 16.) Quum non justo contradictore quis ingenuus prununtiatus est, perinde inefficax est decretum, atque si nulla judicata res interveniisset, idque principalibus constitutionibus cavetur.

diese Rechtskraft gründet, von dem Dritten in eben der Maße anerkannt werden muß, als er die rechtskräftige Entscheidung selbst wider sich gelten zu lassen verbunden ist (3).

Ge-

(3) Nur versteht sich dies, so wie das vorher Bemerkte immer in der Voraussetzung, daß das Urtheil nach förmlicher Verhandlung der Sache, nicht aber bloß in contumaciam non respondentis ergangen seyn muß, als in welchem Falle die Rechtskraft an sich einem Dritten nicht nachtheilig werden kann. L. 17. §. 1. L. 18. D. de inoffic. testam. (V. 2.) Quum contra testamentum, ut inofficiosum judicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. Non idem probandum est, si herede non respondente secundum praesentem judicatum sit; hoc enim casu non creditur jus ex sententia judicis fieri, et ideo libertates competunt, et legata peruntur — De qua re etiam constitutio exstat Divorum fratrum, quae hujusmodi distinctionem admittit — Daß dieser Zusatz ein emblema Triboniani sey, wie Anton Faber, in Rational. ad Leg. cit. behauptet, läßt sich nicht überzeugend darthun. Die erwähnte Constitution selbst findet sich in L. 14. §. 1. D. de Appellat. (XLIX. 1.) näher angeführt. Quotiens, herede non respondente, secundum adversarium sententia datur, rescriptum est, nihil nocere neque legatis, neque libertatibus; et hoc Divorum fratrum epi-

2 Gewöhnlich wird auch das Notorische mit angeführt, wenn von Dingen die Rede ist, die keines Beweises bedürfen. Das Römische Recht weiß nichts von dieser Ausnahme (4); die ganze Sache verdankt ihren Ursprung den Machtsprüchen der Päbste, in deren Plan es nicht gehörte, in Fällen, wo es auf Abweichungen vom Kirchenglauben und Kirchendisciplin, besonders der Geistlichen ankam, eine weitläufige, und förmliche Untersuchung zu gestatten; daher hieß es kurz und gut: Quod-

epistola continetur ad Domitium in haec verba: Quod absente possessore nec quoqam nomine ejus respondente pronunciatum est, non habet rei judicatae auctoritatem, *nisi adversus eum solum*, qui adesse *neglexerit*, *quare* his, qui testamento libertates, vel legata vel fideicommissa acceperunt, salvae sunt actiones, si quas habuerunt, perinde ac si nihil esset judicatum, et ideo adversus eum qui vicit, permittimus eis agere.

(4) Auch der Ausdruck ist in dieser Bedeutung dem Römischen Rechte ganz fremd. Notoria, deren in L. 6. §. 3. D. ad S. C. Turpill. (XLVIII. 16.) L. 7. C. de accusat. (IX. 2.) und andern Gesetzen erwähnt wird, sind Anzeigen, Berichte, elogia. *Cujacius* observat. I. 33. *Marthaeus* de crimin. proleg. cap. 4. n. 15.

Quodsi factum est notorium, non eget tertium depositionibus declarari, quum talia probationem, vel ordinem judiciarium non requirant (5); die heiligen Väter versäumten auch nicht, dies häufig in ihren Decretalen einzuschärfen (6); und wundern darf es uns wohl keinesweges, daß auch die weltlichen Richter ähnlichen Maximen folgten, wie denn besonders in den Zeiten des Mittelalters unter dem Vorschub sogenannter notorischer Vergehungen die gröbsten Ungerechtigkeiten in der Rechtspflege vorgingen. Karl V. setzte seine Gerichtsordnung auch diesem Unwesen entgegen (7), wiewohl seine Vorschriften noch Manches zu wünschen übrig ließen. Nach und nach hat sich das Criminalverfahren in diesem Betrachte den Forderungen der Gerechtigkeit immer mehr genähert.

Was

(5) Cap. 3. X. *de testib. cogend. vel non* (II. 21.).

(6) Cap. 10. X *de fil. presbyt ord.* (I. 17) cap 3. X. *de eo qui cognov. consang.* (IV. 13.) cap. 9. X. *de accusat* (V. 1.) cap 23. X. *de elect. et elect. potest.* (I. 6) cap. 21. X. *de jurejurando* (II. 24.) *J. H. Böhmer* J E P. tit. de judiciis (II. 1.) §. 5 – 11. hat diese Vorschriften trefflich gewürdigt.

(7) *J. S. F. de Böhmer* meditat in C. C. C. XVI. 2.

Was den Civilprozeß betrifft, so kommt zwar der Satz, daß notorische Thatsachen keines Beweises bedürfen, in den Lehrbüchern immer noch vor. Man hat aber das Mißliche dieser Ausnahme von Zeit zu Zeit sehr gut wahrgenommen. Dies beweisen die verschiedenen Begriffe und Bestimmungen, deren man sich bedient, um den Satz an sich in der Lehre vom Beweise aufrecht zu erhalten, weil er nun einmal das Ansehen eines Gesetzes für sich hat. Alles führt aber am Ende doch dahin, daß es entweder der gedachten Ausnahme von der Regel gar nicht bedarf, daß sie ganz überflüssig, oder auch ganz falsch und verwerflich ist; und alle Autorität des Canonischen Rechts ist nicht hinreichend, dies im mindesten zu ändern. Denn was ist nun eigentlich notorisch, und unter welchen Bedingungen hat der Richter eine Thatsache als notorisch wahr anzunehmen? Der Pabst Alexander III. bemerkt selbst und warnt den Richter: Quum multa dicantur notoria, quae non sunt, providere debes, ne quod dubium est, pro notorio videaris habere (8). Versteht man darunter, was die Verhandlungen der Parteien bereits klar

zu

(8) Cap. 14. X. de appellat. (II. 28.)

zu Tage legen, was nicht bestritten, oder was schon in diesem Streite ausgemacht ist, kurz wie man sagt, de quo ex actis constat — so ist ja der ganze Satz, daß das Notorische keines Beweises bedürfe, völlig identisch mit der allgemeinen Regel, daß nur zweifelhafte, mithin nicht schon erwiesene Thatsachen, gerichtlich zu beweisen sind. — Soll aber durch das Notorische angedeutet werden, was allgemein bekannt, und wovon der Richter außer den Akten schon hinlänglich überzeugt ist, so führt der Satz unvermerkt auf eine große Unrichtigkeit. Richter und Obrigkeiten dürfen zwar wohl, bei gewissen provisorischen Verfügungen, dies oder jenes als allgemein bekannt einstweilen zum Grunde legen, so auch bei Thatsachen, welche beiläufig in einem Rechtsstreite vorkommen, ohne jedoch eigentliche Gegenstände des Beweises zu seyn, den darüber im Publikum vorhandenen Nachrichten ihre Glaubwürdigkeit zugestehen. Sobald aber irgend ein Faktum als Grund einer Klage oder Einrede vorkommt, und vom Gegner bestritten wird, so müssen Beweise darüber geführt, und diese zu den Akten gebracht werden, weil 1) der Richter überhaupt nur nach den Akten und was diese mit sich bringen, nicht aber nach seiner Privatkenntniß der Thatsachen urtheilen darf. Ist diese Grundregel

aller

aller gerichtlichen Rechtspflege unleugbar richtig (9), so kann die Ausnahme, welche das Notorische in

ers-

(9) Nach der Natur der Sache kann Niemand Zeuge und Richter in einer Sache zugleich seyn. Daher auch die Gesetze den Richter in Ansehung der Thatsachen immer auf das verweisen, was die ordentlichen Beweise derselben mit sich bringen; nur die Ergänzung dessen, was juris ist, ihm von Amtswegen gestatten, L. un C. Ut quae des. Advoc. (II. 11.) nie aber, was das Faktum betrifft, seiner eigenen Wissenschaft von Dingen, die den Akten nicht gemäß sind, eine Stelle unter den Entscheidungsgründen einräumen. L. 6. §. 1. D. *de off. praesid.* (I 18.) geht zwar von dem Grundsatze aus, daß die Wahrheit an sich unter den Irrthümern, die eben in Akten vorkämen, nicht leiden könne und solle. — Veritas rerum erroribus gestarum (besser wohl nach Haloander gestorum; L. ult. C. de re jud. (VII. 52.) non vitiatur. Allein keinesweges wird dem Richter erlaubt, sich schon bloß nach seinem Besserwissen über die Akten hinweg zu setzen, sondern es heißt gleich darauf weiter: et ideo Praeses Provinciae id sequatur, quod convenit eum *ex fide eorum quae probabuantur* (sequi). Wenn es also darauf ankäme, einen Satz, der aus dem Verhältnisse und dem ganzen Zwecke des Richteramts so deutlich folgt, mit positiven Gesetzen zu belegen, so dürfte das angeführte allerdings als Beweisstelle gelten, obgleich

Cu-

erwähntem Verstande machen soll, durchaus nicht bestehen, da sie die Regel umwirft, um den Richter

Cujaz Observat. XII. 19. es dafür nicht anerkennen will. Gellius noct. attic. XIV. 2. erzählt einen Rechtsstreit, wo der Richter den Kläger als einen ehrlichen Mann kannte, vom Verklagten aber das Gegentheil wußte. Dieser leugnete die Schuld ab, und jener konnte keine Beweise beibringen. Der Richter war über die Sache verlegen, was er doch eigentlich nicht hätte seyn sollen, und holte sich das Gutachten eines Philosophen ein, welcher ganz andere Nachrichten für Fälle dieser Art hatte Quod autem, so lautete das Responsum, ad pecuniam pertinet, quam apud judicem pati dixisti, suadeo hercle tibi, utare M. Catonis prudentissimi viri consilio, qui in oratione, quam pro L. Turio contra Cn. Gellium dixit, ita esse moribus majorum traditum observatumque ait, ut si quid inter duos actum est, neque tabulis neque testibus planum fieri possit, tum apud judicem qui ea de re cognosceret, uter ex iis vir melior esset, quaereretur. Et si pares essent, seu boni pariter, seu mali, tum illi, unde petitur crederetur, ac secundum eum judicaretur. In hac autem causa, de qua tu ambigis, optimus est qui petit, unde petitur deterrimus, et res est inter duos acta sine testibus. Eas igitur et credas ei, qui petit, condemnesque eum, de quo petitur, quoniam sicuti dicis duo pares non

ter ganz über die Gränzen seines Amts, welche Vernunft und Recht ihm anweisen, hinwegsetzt.

Was sunt, et qui petit melior est. Dem Richter schien dies doch ein wenig zu merklich, wie die folgenden Worte zeigen: Hoc quidem mihi tum Phavorinus, *ut virum Philosophum decuit*, suasit. Sed majus ego altiusque id esse existimavi, quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus non de probationibus rei gestae viderer; ut absolverem tamen inducere in animum non quivi, et propterea juravi *mihi non liquere*, atque ita judicatu illo solutus sum. — König Friedrich der Große pflegte zu sagen: „Wenn ich „ein Land strafen wollte, so würde ich es durch Phi„losophen regieren lassen.“ Aussprüche der Art, wie sie Phavorin hier ertheilte, tragen wenigstens nicht dazu bei, dies Urtheil hart zu finden. Neuere Philosophen, die viel auf Formen halten, möchten freilich die Belehrung anders gestellt haben. Doch getraue ich mir darum nicht, unsern Richtern zu rathen, sich eben von ihnen mit Gutachten bedienen zu lassen. Zu einer Zeit, wo die Casuistik besonders auch die Gewissen bearbeitete, kam die Frage vor: ob der Richter einen Angeklagten, den die Akten als überwiesen darstellten, von dessen Unschuld er selbst aber als Mensch völlig überzeugt wäre, verurtheilen oder lossprechen müsse? Unstreitig darf er das letztere nicht, wohl aber darf und soll er eine nähere

Unter-

Was würden auch die Richter nicht alles als notorisch annehmen, so falsch und unerweislich es immerhin an sich auch seyn möchte (10). Wie leicht würde man, besonders bei vermeinten Gewohnheitsrechten, mit diesem Behelfe ohne Wahrheit durchkommen, da es so viele Richter gibt, die an Nichts so leicht, als an die leidige Praxis glauben, und daher sehr bald mit der Aussage, daß diese oder jene Gewohnheit notorisch sey, bei der Hand sind. Ist 2) eine Behauptung wirklich eben so wahr, als sie allgemein dafür anerkannt wird, so werden auch Beweise derselben desto leichter seyn; wenig-

 stens

Untersuchung der Sache einleiten, um sie auch rechtlich in Gewißheit zu setzen; oder wenn dies nicht zu erlangen ist, sein Richteramt in diesem Falle aufgeben. Man sehe unter andern, was *Bachov* ad *Treutler* Vol. I. Disput. XII. th. 14. lit. E. F. und gegen ihn *Ziegler*, Dicast. concl. 35. über die Sache disputirt haben.

(10) Daher auch Innocenz III. cap. 8. X. *de collat. clericor.* (III. 2.) selbst bemerkte: Si vero publicum est, non ex evidentia, sed ex fama, in eo casu ad condemnationem eorum sola *testimonia*, non sufficiunt, quum non sit *testimoniis* sed *testibus* judicandum. Man vergleiche hiemit auch noch c. 20. C. 2. qu. 1.

stens kann es dem Gegner, wenn es an diesen Beweisen fehlt, nicht zugemuthet werden, die Behauptung dennoch wider sich gelten zu lassen. Unsere Lehrbücher sagen daher auch zum Theil, daß, wenn das Notorische geleugnet würde, es alsdann auch bewiesen werden müßte. Durch diese Einschränkung wird der ganze Satz wieder aufgehoben, wenigstens durchaus unnütz. Denn was der Gegner nicht bestreitet, braucht man auch nicht zu beweisen, es mag übrigens allgemein bekannt seyn, oder nicht. Unrichtig aber ist es, wenn man gar behauptet, daß in dem erwähnten Leugnungsfalle die **Notorietät** der Sache bewiesen werden müsse. Das Recht, worüber die Parteien streiten, hängt von der **Wahrheit** ihrer Behauptungen ab, nicht davon, ob sie **notorisch** sind; daher wird auch jene, nicht aber das letztere, zu beweisen seyn(u).

3) Woran läßt sich überhaupt das Notorische erkennen; welche Merkmale und Bedingungen gibt es, um dies von einer Thatsache mit Sicherheit sagen zu können, so wie es eigentlich die darauf zu gründende Entscheidung des Richters billig voraussetzt? Und wenn auch die historische Gewißheit irgend

(u) *J. H. Böhmer* J. E. P, Tit. de probat. (II. 19.) §. 2.

irgend einer Begebenheit im Ganzen als völlig ausgemacht anzunehmen wäre, so können und werden doch häufig die besondern Umstände, worauf es gerade in der vorkommenden Rechtssache ankommt, noch höchst ungewiß seyn. Mit einem Worte, jede Freiheit, die man dem Richter zugesteht, sich unter dem Vorwande des Notorischen über die Regel des Prozesses wegzusetzen, wird immer zu einer argen Willkühr führen, und die Rechtspflege großen Mißbräuchen Preis geben.

IV.

Ueber das Geständniß, und dessen rechtliche Wirkung.

Man beruft sich auf Zeugnisse, wenn man die Aussage eines Andern für einen Satz anführt. Wenn aber dieser Satz selbst gegen den gelten soll, der ihn behauptet hat, so ist von Geständnissen die Rede. Fateri non tertii est sed rei (1). Indeß kann auch dieser Ausdruck allerdings von Zeugen gebraucht werden, und man bedient sich seiner auch wirk-

(1) *Gesner* thesaur. art. Fateor. ibique cit. *Donat.*

wirklich, insofern, was ein Zeuge angibt, ihm in der Folge selbst, oder den sonst von ihm geschehenen Aussagen, wieder entgegen gesetzt wird. Die Ausdrücke: Zeuge bekennet selbst, muß selbst gestehen, u. s. w. kommen daher nicht selten in den Ausführungen der Parteien vor. Mit einer nähern Angabe und Prüfung mancher Begriffe und Eintheilungen des Geständnisses, die sich in unsern Lehrbüchern und Systemen finden, will ich den Leser und mich nicht aufhalten ([2a]). Daß Bekenntnisse sich nicht bloß auf eigene Handlungen dessen, von dem sie herrühren, oder auf Begebenheiten, die ihn selbst betroffen haben, einschränken, — daß sie nicht immer in Beziehung auf eine gegenseitige Behauptung, und schon als Erklärung über diese abgegeben werden, — daß nicht alles, was Jemand selbst, auch in seinen Angelegenheiten, behauptet, mit dem Namen eines Geständnisses belegt werden könne, — sondern daß dieser Begriff nur die besondere Beziehung andeutet, da eine gewisse Behauptung dem, der sie vorbrachte, selbst entgegen steht,

([2a]) Bei dieser Lehre sind besonders nachzusehen von Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozeß. II. 2. Danz Grundf. des ordentl. Proz. §. 292. Gönner Handb. des gem. Deutsch. Proz. IV. 44.

steht, — alles dieses könnte zwar zu gegründeten Einwürfen, gegen die Begriffe Anderer, gebraucht werden, muß aber einem Jeden, auch ohne meine Erinnerung, nach den verschiedenen Formen, wor= in Bekenntnisse vorkommen, von selbst schon ein= leuchten. Das Geständniß ist eine Aussage, wo= durch Jemand etwas, das wider ihn gelten soll, als wahr anerkannt hat.

Im allgemeinen betrachtet kann das Geständ= 2
niß sich über Alles erstrecken, was wider Jemanden vorzubringen ist, es mag in der Bejahung oder Ver= neinung bestimmter Thatsachen, in der Behauptung irgend eines Rechts, einer Forderung und Verbind= lichkeit überhaupt, oder selbst in bloßen Rechts= sätzen bestehen. Allein vor Gericht, und zum Zweck rechtlicher Entscheidung der Streitsachen kann doch das Geständniß nur bei solchen Dingen, die von der Ausführung der Parteien abhangen, und von ihnen zu begründen sind, in Betrachtung kommen. Es klingt immer etwas sonderbar, wenn die Entscheidungsgründe der Urtheile bei einem thesi juris nicht unbemerkt lassen, daß der verlie= rende Theil solche selbst als richtig zugestanden habe. Nicht nur an sich ist dies höchst gleichgültig, son= dern es müßte auch billig schon darum gar nicht

ein=

einmal erwähnt werden, weil das Urtheil sich auf Gesetze und was diesen wirklich gemäß ist, gründen soll, und der Richter sogar durch das Gesetz angewiesen ist, die von den Parteien oder ihren Sachführern in gerichtlichen Vorträgen unrichtig angenommenen Rechtssätze zu berichtigen ([2b]).

3 In Dingen, die Jemand vor Gericht zu bewahrheiten hat, ist das Geständniß des Gegners ganz vorzüglich zu beachten. Nicht leicht wird der Mensch etwas als wahr behaupten oder annehmen, wovon er nachtheilige Folgen gegen sich voraus sieht, wenn er nicht von der Wahrheit des Behaupteten wirklich überzeugt ist. Im Ganzen führt dies freilich zu einer innern Glaubwürdigkeit dessen, was Jemand selbst zugesteht, die aber doch immer noch von gewissen Bedingungen abhängig ist, wenn sie dem Richter völlig genügen soll. Denn darin sind wohl alle einig, daß nicht einer jeden Erzählung oder Aeußerung, die Jemand von sich, oder von Dingen, die ihn angehen, irgend einmal gemacht hat, schon eine entscheidende Beweiskraft gegen ihn beigelegt werden könne.

Die

([2b]) L. 2. D. *de confess.* (XLII. 2.) welche hiebei noch einigen Zweifel veranlassen könnte, wird in der Folge Note 18 näher erklärt.

Die Menschen erzählen und behaupten wissentlich Manches gegen die Wahrheit von sich, rühmen sich sogar bisweilen begangener Verbrechen, die sie nicht verübt haben, und sagen überhaupt aus Scherz, Leichtsinn, und Prahlerei nicht selten Dinge, die im Wege Rechtens als wahr und erwiesen angenommen, ihnen nachtheilig werden könnten. Es würde äußerst hart und ungerecht seyn, auch dem menschlichen Umgange übertriebenen Zwang anlegen, wenn Bekenntnisse, in diesem Umfange genommen, schon immer eine völlige Beweiskraft hätten. Mit dem Unterschiede des gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnisses ist die Sache gar nicht ausgemacht. Wenn das erstere volle Beweiskraft hat, so ist diese doch auch dem letztern an sich keinesweges zu versagen. Davon gibt die tägliche Erfahrung unzählige Beweise durch Handschriften und andere Urkunden, denen die volle rechtliche Glaubwürdigkeit bloß wegen des, obgleich außergerichtlichen, Geständnisses, welches sie enthalten, dennoch zukommt. Nur darauf kommt es an, ob das Geständniß unter Umständen und in Verhältnissen abgelegt wurde, die nicht füglich eine andere Absicht als die, nach Ueberzeugung die Wahrheit zu sagen, oder gewisse Rechte und Verbindlichkeiten dadurch zu begründen, vermu-

then

then lassen. Dahin gehört nun unstreitig a) wenn es auf dem Grunde einer rechtsgültigen Disposition über das Seine beruhet, und vermittelst selbiger ertheilt, oder b) wenn es bei Gelegenheit der Sachen, die es betrifft, gegen Personen abgelegt ward, die ein vollkommenes Recht hatten, aufrichtige Erklärung zu fordern, oder denen man dies Recht wenigstens zugestand. Hat Jemand bei Schließung eines Rechtsgeschäftes, bei Uebernahme einer Verbindlichkeit u. d. m. Thatsachen anerkannt, die damit in Verbindung stehen, so sind diese mit eben dem Rechte als wahr anzunehmen, wie das Geschäft, oder die Verfügung selbst als ernstlich gemeint zu betrachten ist Waren die Personen, denen das Bekenntniß abgelegt ward, vollkommen berechtigt, die Angabe der Wahrheit zu verlangen, oder handelte man mit ihnen vermöge ihrer rechtlichen Theilnahme an der Sache, so folgt von selbst, daß die aus Pflicht und Schuldigkeit, oder wenigstens aus anerkanntem rechtlichen Interesse jener Personen, abgegebene Erklärung natürlich gegen ihren Urheber und alle die in dessen Stelle treten — nicht, wie sich von selbst versteht, gegen einen Dritten — als richtig und beweisend gelten muß (3).

Außer

(3a) vergl. Strüben rechtl. Bed. I. 159. und Westphal

Außer diesen angegebenen Verhältnissen berechtigt meine Erklärung noch Niemanden, mich daran festzuhalten, und Ansprüche an mich oder meine Sachen darauf zu gründen. Jemand schrieb z. B. an einen Andern, der ihn um eine Anleihe ersucht hatte, daß er jetzt kein baares Geld besitze, sondern sich bereits selbst 50 Reichsthaler von Mevius geliehen habe. Von ungefähr bekam dieser den Brief in die Hände, klagte auf 50 Rthl., und als ihm auferlegt ward, die Anleihe zu beweisen, berief er sich auf das in jenem Briefe enthaltene Geständniß. Dies allein konnte nichts beweisen. In wiefern ein, obgleich an sich nicht bündiges, Geständniß dennoch andern bei der Sache vorkommenden Beweisgründen eine gewisse Verstärkung geben, und in Verbindung mit diesen praesumtionem hominis begründen könne, hängt von der Beurtheilung des Richters nach den Umständen ab.

Man ist streitig darüber, ob das Geständniß 4
den Beweismitteln beigezählt werden könne. Ist von Beweisen in der weitläufigen Bedeutung des Worts die Rede, und versteht man unter Beweis-

mit-

phal Rechtsgutacht. u. Erkennt. d. bürgerl. Rechts tit. de confess. (XLII. 2.) §. 2.

mitteln auch selbst die Gründe für die Wahrheit einer Behauptung, so leidet es freilich kein Bedenken, das Bekenntniß mit dahin zu zählen, da es allerdings zu den vorzüglichsten Gründen der rechtlichen Gewißheit gehört. Bezieht sich aber die erwähnte Frage auf die förmliche Beweisführung im strengen Verstande, (I. 1.) so dürfte das Gegentheil richtiger seyn. Denn ist ein gewisser Thatumstand im Verhör oder in Verhandlung der Sache vom Kläger oder Verklagten zugestanden, so ist er ja nicht mehr streitig, folglich die förmliche Beweisführung darüber nicht erforderlich, mithin kann auch nicht weiter von Mitteln derselben die Rede seyn. Wird aber über den Umstand, worauf es ankommt, unter den Parteien gestritten, und vom Richter Beweis gefordert, so kann dieser freilich auch durch Geständnisse, die außergerichtlich, oder bei andern Gelegenheiten vor Gericht, (3b) abgelegt worden sind, bewirkt werden, aber genau betrachtet, sind alsdann doch Zeugen, Urkunden oder Eidesdelation, durch welche das Geständniß beigebracht wird, als die eigentlichen Beweismittel anzusehen.

Die

(3b) Die rechtliche Wirkung dieser Geständnisse hat Gönner Handb. IV. 44. 12. sehr richtig beurtheilt.

5 Die gemeinen in Deutschland geltenden Rechte haben die Wirkung der Geständnisse im Allgemeinen durch ausdrückliche Vorschriften nicht ganz vollständig bestimmt. Das Römische Gesetzbuch tit. de confessis hat es nur mit denen zu thun, die vor der Obrigkeit etwas zugestanden haben; so auch das Canonische Recht. Ueber die Kraft des außergerichtlichen Geständnisses kommt nur bei Gelegenheit der Handschriften etwas vor. Des mündlichen ist ausdrücklich nicht erwähnt worden. Was in der Peinlichen Gerichtsordnung Carls V. von Bekenntnissen vorgeschrieben ist, schränkt sich auf das Criminalverfahren ein, kann folglich in Civilstreitigkeiten keine Anwendung finden. Die Natur der Sache muß hier die allgemeinen Grundsätze an die Hand geben. Diese werden sich auch in einzelnen Vorschriften des positiven Rechts anerkannt finden; und desto weniger wird ihre Anwendung da, wo es an näherer Bestimmung fehlt, zu bezweifeln seyn.

6 Man redet, wenn es auf die Wirkung der Geständnisse ankommt, bald von der Beweiskraft und Verbindlichkeit, bald von förmlicher Wahrheit und förmlichem Rechte derselben, ohne sich auf eine nähere Bestimmung der Begriffe einzulassen.

Gleich-

Gleichwohl ist dies Alles hier doch nicht einerlei. Das Geständniß hat a) **Beweiskraft**, insofern überhaupt dadurch die Glaubwürdigkeit einer gewissen Behauptung begründet wird. Es macht b) **förmliche Wahrheit** aus, einmal in der weitläufigen Bedeutung, insofern diese Beweiskraft die juridische, oder vor Gericht genügende Gewißheit der Sache rechtlich außer Zweifel setzt; im strengen und eigentlichen Verstande aber, insofern es die rechtlich anzunehmende Wahrheit eines Satzes dergestalt begründet, daß dadurch jeder Streit über die wirkliche Wahrheit der Sache gänzlich ausgeschlossen wird. Wie läßt sich aber sagen, daß es auch c) **eine Verbindlichkeit** wirke? Vielleicht mittelbar, insofern diese eine Folge der Thatsachen ist, die man zugestanden hat? Allein dann wäre doch eigentlich der Grund der Verbindlichkeit in den gedachten Thatsachen selbst, nicht aber in dem Geständnisse, wodurch die Wahrheit jener nur anerkannt wird, zu suchen. Das Bekenntniß ist verpflichtend, insofern Jemand dadurch schuldig wird, das als wahr und richtig gelten zu lassen, was er selbst, oder der, an dessen Fakta er gebunden ist, einmal dafür anerkannt hat. Es wirkt in diesem Betrachte d) **förmliches Recht** im strengsten Sinne unter den Parteien, wenn es

in

in ihrer Angelegenheit, so viel den zugestandenen Punkt anbetrifft, als völlig entscheidende Rechtsnorm dergestalt gilt, daß, von dieser Seite betrachtet, kein weiterer Streit über das **wirkliche** Recht mehr Statt findet.

Nach diesen hier zuvörderst festgesetzten Begriffen wird sich die Sache nunmehr auf folgende allgemeine Grundsätze zurückbringen lassen: **Erstlich**, das Geständniß, wenn es mit den vorhin N. 3. bemerkten Bedingungen der Glaubwürdigkeit gehörig begleitet ist, setzt der Regel nach eine Sache rechtlich in Gewißheit, hat volle Beweiskraft, und macht förmliche Wahrheit in der weitläufigen Bedeutung des Ausdrucks gegen den, von dem es herrührt, und alle diejenigen, die an dessen Handlungen gebunden sind.

Dieser Satz gilt, **als Regel** betrachtet, von den Geständnissen überhaupt, sie mögen schriftlich oder mündlich, vor Gericht, oder außergerichtlich, ertheilt seyn. Es gehört zu den Ausnahmen, wenn die Gesetze **im Civilprozesse** den schriftlichen Geständnissen über den Empfang a) des Darlehns, b) des Brautschatzes, c) der Bezahlung einer Schuld, oder der Quittungen die Beweiskraft binnen einer gewissen Zeit nach ihrer Ausstellung noch

nicht

nicht gestatten, und wenn im Criminalprozesse diese Wirkung des Geständnisses gleichfalls manchen Einschränkungen unterworfen ist. Die Regel, als solche, bleibt darum nicht minder wahr (4).

Zweitens, Bekenntnisse, bei denen jene Bedingungen der rechtlichen Glaubwürdigkeit nicht gänzlich zutreffen, haben auch die volle Beweiskraft nicht, können aber darum doch den Umständen nach in Verbindung mit andern Gründen zum Beweise mit beitragen, und sind also nach den Regeln, die bei unvollständigen Beweisen überhaupt eintreten, zu beurtheilen.

Drittens. Mit der vollen Beweiskraft, welche den Geständnissen zukommt, und der förmlichen Wahrheit, welche dadurch im Allgemeinen begründet wird, ist die rechtliche Möglichkeit, der Ausführung des Gegentheils noch nicht aufgehoben. Der Richter darf und soll freilich den gehörig zugestandenen Umstand bei der Entscheidung der Sache als ausgemacht zum Grunde legen; allein so lange diese Entscheidung noch nicht wirklich

(4) L. 25. §. 4. D. *de probat.* L. 14. C. *de contrah. vel committ. stipul.* (VIII. 38) cap. 14. X. *de fide instrument.* (II. 22) s. die folg. Note.

lich erfolgt, und in die Rechtskraft eingetreten ist, bleibt im Ganzen der Beweis des Gegentheils noch frei. Die Natur der Sache rechtfertigt diesen Satz durchaus, und kein Gesetz ist ihm, als Regel genommen, entgegen. Geständnisse lassen, wie alle Beweise rechtlicher Gegenstände, an sich die Möglichkeit des Gegentheils übrig. Aus der Beweiskraft und förmlichen Wahrheit überhaupt folgt daher nichts weiter, als daß die Sache jetzt, und so lange nichts anderes gezeigt wird, für richtig und gewiß gelten dürfe; keinesweges aber, daß der, dem ein Geständniß entgegensteht, mit diesem Beweise des Gegentheils gar nicht weiter zu hören sey. Ein anderes ist immer der Grund eines Rechts oder einer Verbindlichkeit, und etwas anderes die Bewahrheitung dieses Grundes. Wenn zwei Zeugen eine Geldanleihe durch ihre Aussage beglaubigen, so wird doch Niemand sagen, daß das Recht des Gläubigers und die Verpflichtung des Schuldners aus dem Zeugnisse herrühre; sondern Jedermann wird diesen Entstehungsgrund in der Thatsache des geliehenen Geldes, und diese nur durch das Zeugniß bewiesen finden. Treten daher andere Beweise jenen Zeugen entgegen, so verliert sich auch die faktische Richtigkeit, welche ihr Zeugniß sonst dargelegt haben würde. Nicht

anders verhält es sich mit dem Geständnisse. Durch dasselbe wird in facto für wahr erklärt, was einen Grund von Rechten und Verbindlichkeiten ausmacht; selbst aber ist es nicht causa obligationis; nur als Bewahrheitung der letztern kann es betrachtet werden, und als solche muß es nothwendig seine Kraft verlieren, wenn das Gegentheil in facto gezeigt werden kann. Wer also vor Gericht oder außergerichtlich in Handschriften und andern Urkunden, oder auch mündlich Thatsachen, welche Rechte und Verbindlichkeiten zur Folge haben, als wahr eingesteht, vermöge derselben Forderungen Anderer einräumt, und sich dagegen zu gewissen Leistungen verpflichtet, ist darum noch nicht gleich als ein solcher zu behandeln, der sich diesem Allen ganz unbedingt unterworfen habe, jene Thatsachen mögen übrigens wirklich der Wahrheit gemäß seyn oder nicht.

Kein Gesetz hat auch die Wirkung des Geständnisses im Allgemeinen anders bestimmt (5). Daher sind unstreitig die Fälle als Ausnahmen von der

(5) Vielmehr heißt es in L. 7. C. *de jur. et facti ignor.* (I. 18.) ganz allgemein: Error facti nec dum finito negotio nemini nocet, nam causa *decisa* velamento

der Regel zu betrachten, wo das Geſtändniß mit der vollen Wirkung des förmlichen Rechts und der förmlichen Wahrheit im ſtrengſten Verſtande vor-

mento tali non inſtauratur. Die in der vorigen Note ſchon angeführten Geſetze ſind hier noch beſtimmter, wenn gleich dieſer Beweis in gewiſſen Verhältniſſen in Anſehung der Mittel etwas eingeſchränkt iſt, wie L. 25. §. 4. D. *de probat.* zu erkennen gibt. Si ipſe ſpecialiter, qui cautionem expoſuit, cauſas explanavit, pro quibus eandem conſcripſit, tunc ſtare eum oportet ſuae confeſſioni, niſi evidentiſſimis probationibus *in ſcriptis habitis*, oſtendere paratus ſit, ſeſe haec indebite promiſiſſe. Faſt gleichlautend verordnete der Vorgänger Juſtinians in L. 13. C. *de non num. pecun.* (IV. 30.) Generaliter ſancimus, ut ſi quid ſcriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis, ex antecedente cauſa deſcendentibus eamque cauſam ſpecialiter promiſſor edixerit, non jam ei licentia ſit, cauſae probationem ſtipulatorem exigere, *quum* ſuis confeſſionibus adquieſcere debeat; *niſi certe ipſe e contrario per apertiſſima rerum argumenta ſcriptis inſerta religionem judicis poſſit inſtruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum quem cautio perhibet, negotium ſubſecutum ſit. Nimis enim indignum eſſe judicamus, quod ſua quisque voce dilucide proteſtatus eſt, id in eundem caſum infirmare, teſtimonioque proprio reſiſtere.* So viel iſt gewiß,

daß

kommt, und die weitere Bestreitung der Richtigkeit seines Inhalts gänzlich ausschließt. Diese Ausnahme kann nur Statt finden: a) vermöge besonderer Privatverfügung; b) nach bestimmter Vorschrift der Gesetze.

a) Den ersten Grund finden wir in jeder gültigen Willenserklärung, wodurch Jemand Rechte oder

daß der Beweis des Gegentheils durch das vorhandene Geständniß geradezu und an sich nicht ausgeschlossen ist. Von der Einschränkung in Ansehung der Mittel dieses Beweises, die sich als besondere Wirkung der Handschriften oder Schuldverschreibungen auf andere Fälle nicht anwenden läßt, *J. H. Böhmer* de collis. probat. cap. 2. §. 8. Exercit. ad D. Tom. IV. ist hier die Rede nicht. Sonst wäre Justinians nachherige Verordnung L. 14. C. *de contrah. vel* committ. stipulat. (VIII. 38.) in den Worten: *liquidis ac manifestissimis probationibus* et melius quidem si per scripturam vel saltem *per testes undique idoneos et omni exceptione majores* ostenderit etc. und die Vorschrift Gregors IX. cap. 14. x. *de fide instrum.* (II. 22.), welche ganz allgemein, und ohne weitere Bestimmung dahin lautet: Si causam propter quam hujusmodi scriptura processerit, expresseris in eadem, confessioni tuae statur, nisi probaveris te id indebite promisisse, dabei nicht außer Acht zu lassen.

oder Forderungen Anderer, und seiner Seits gewisse Verbindlichkeiten unbedingt dergestalt als richtig anerkennt, daß die Absicht, durch diese Anerkennung selbst die gegenseitigen Rechte und Forderungen völlig zu begründen und die rechtliche Möglichkeit einer Bestreitung derselben gänzlich aufzuheben, deutlich hervorleuchtet. Daraus, daß Jemand einen Umstand zugibt, selbst wenn er vom Gegentheil überzeugt ist, folgt diese Absicht an sich noch keinesweges. Der Aussteller einer Handschrift kann es wissen, daß er das Geld, dessen Empfang er bekennet, nicht erhalten habe, und muß darum doch mit seinem Einwande gehört werden. Noch weniger wird man dieses dem, der aus Irrthum das Unwahre als wahr einräumte, versagen können. Ob der Irrthum vermeidlich oder unvermeidlich, verschuldet oder nicht verschuldet war, macht hier ebenfalls keinen Unterschied. Immer fehlt es dabei doch an der Absicht des Bekennenden, sich auf jeden Fall und unbedingt den Anspruch des Andern gefallen zu lassen.

Gesetzt aber, daß eine bisher streitig gewesene Forderung jetzt durch Vergleich als wahr und richtig anerkannt — daß ein Erbe durch das legatum debiti vom Testator schlechthin zu einer gewis-

sen

sen Schuld und deren Bezahlung verpflichtet — (6) daß eine cedirte Forderung von dem Schuldner vor Neuem unbedingt übernommen, und der Cessionar als wahrer Gläubiger ohne Vorbehalt von jenem anerkannt wird — (7) so tritt in diesen, und ihnen gleichen Fällen dem Geständnisse zugleich noch eine bündige Verfügung bei, wodurch Jemand, wenn er es auch vorher nicht war, doch nunmehr juris intellecru als wirklicher Schuldner angenommen wird, so daß in dieser Verbindung eine eigne von der wirklichen Wahrheit des Anerkannten nicht mehr abhängige Verpflichtungsursache — nova causa obligationis — vorhanden ist. Man wird in vorkommenden Fällen genau darauf zu achten haben, in wiefern die erwähnten besondern Verhält-

(6) L. 28. pr. D. *de legat.* I. Si creditori meo, *tutus* adversus eum *exceptione*, id quod ei debeo legem, utile legatum est, *quia remissa ei exceptio videtur.* L. 25. fin. D. *de liberat. leg.* (XXXIV. 3.) — Quodsi centum aureos, quos se debere dixit, legavit, si quidem debet, inutile est legatum; quodsi non fuit debitor, placuit utile esse legatum. Certa enim nummorum quantitas similis est Sticho legato cum demonstratione falsa, idque et Divus Pius rescripsit certa pecunia dotis acceptae nomine legata.

(7) *Wernher* observat. select. Tom. II. P. 7. obs. 182.

hältniſſe dabei eintreten. Geſtändniſſe, die ſich aus dieſem Geſichtspunkte eigentlich nicht behandeln laſſen, können auch in ihrer Wirkung nicht über die vorhin bemerkte Regel hinausgehen, wenn nicht die beſonderen Vorſchriften der Geſetze, wovon bei der zweiten Art der Ausnahmen die Rede ſeyn wird, ſolches mit ſich bringen. Zuvor wird aber über die Theorie eines neuern Schriftſtellers hier noch einiges zu ſagen ſeyn.

Gönner (8) iſt der Meinung, daß die Wirkung des Geſtändniſſes im bürgerlichen Prozeſſe überhaupt in der Betrachtung ruhe, daß ein Jeder über ſeine Rechte diſponiren könne. Aus dieſer freien Verfügung über das Seine, vermöge welcher es dem Bekennenden freiſtand, einem Andern gewiſſe Rechte zuzugeſtehen, und dagegen auch ſelbſt Verbindlichkeiten zu übernehmen, oder dieſe Andern zu erlaſſen, ſucht der angeführte Rechtsgelehrte die rechtlichen Folgen der Geſtändniſſe durchgängig, ſo wie deren Einſchränkungen zu erklären, bemerkt aber auch dabei, daß es an einigen durch die Geſetze ſelbſt veranlaßten Inconſequenzen nicht fehle, wenn gleichwohl in Dingen, wor-

9

(8) Handb. des Deutſch. gemein. Proz. IV. 44. 3 u. ſ. w.

worüber die freie Privatdisposition nicht Statt fände, dennoch dem Bekenntnisse die rechtliche Wirkung gestattet würde. Eben diese Wahrnehmung könnte aber wohl eher gegen die erwähnte Ansicht der Sache selbst etwas mißtrauisch machen, ob sie überhaupt so ganz richtig und durchgreifend sey, als sie vorgestellt wird. Daß es besondere Fälle gibt, wo das Geständniß als freie Disposition über das Seine gilt, und als solche auch förmliches Recht im strengsten Sinne wirkt, haben wir gesehen.

Daß dies aber nicht überall und als Regel anzunehmen sey, ist aus dem Vorhergehenden ebenfalls einleuchtend. Werden die Thatsachen, worauf ein streitender Theil sein Recht oder seine Forderung gründet, von dem andern eingeräumt, und dieser darauf verurtheilt, so geschieht das letztere darum, weil die Angabe des Gegners hier rechtlich als wahr anzunehmen ist, nicht aber, weil er durch das Geständniß über das Seine disponirt hat. Denn von hieraus beurtheilt, würde das Bekenntniß allein nur bei Dingen wirksam seyn, worüber Jemand einseitig und frei verfügen kann. Dies läßt sich aber doch, wie **Gönner** selbst bemerkt, nicht durchweg behaupten. Oeffentliche

Stra-

Strafen z. B. können Niemanden, weil er sie leiden will, (9) sondern nur dem Schuldigen darum auferlegt werden, weil er sie verdient hat, und dieses als rechtlich wahr anzunehmen ist. Zwar ist jetzt nur vom Civilprozesse die Rede; aber in der That sollte doch ein Grund, welcher hier das Geständniß unwirksam machte, eben dies noch mehr im Criminalverfahren zur Folge haben. Und gleichwohl steht auch dort das Bekenntniß des Angeschuldigten unter den Gründen der rechtlichen Glaubwürdigkeit oben an, wenn es gleich, zumal in wichtigern Criminalfällen zur Verurtheilung allein nicht genügt (10). Da, wo es aber zum Zweck eines Straferkenntnisses genügt, wird man die Vorstellung einer freiwilligen Disposition über das Seine nicht füglich zum Grunde legen können, folglich kann auch im Gegentheile der Mangel dieser Befugniß nicht genügen, um daraus die Einschränkungen der Sache zu erklären. Vielmehr werden die Ursachen dieser Einschränkungen nur aus der Möglichkeit, daß das Geständniß doch trügen

(9) *Voet*, comment. ad Pand. tit. de jurisdict. (II. 1.) §. 40.

(10) *Matthaeus* de crimin. XLVIII. 16. 1. *Böhmer* ad *Carpzov*. qu. 114. obs. 1.

gen könnte, hergenommen (11 a) — Ferner kann jene Vorstellung mit dem als Regel ganz unleugbaren Grundsatze, daß Bekenntnisse den Beweis des Gegentheils keinesweges ausschließen, ebenfalls nicht füglich bestehen; sie würde vielmehr den Bekennenden immer geradezu verpflichten, bei dem zu bleiben, was er einmal durch gültige Verfügung über das Seine auf sich genommen hätte. Allen diesem wird man ohne Schwierigkeit nicht ausweichen können. Richtiger läßt man es daher bei der Beweiskraft, die das Geständniß wegen der damit verbundenen innern Glaubwürdigkeit gegen den, von dem es herrührt, nach sich ziehet, als Regel bewenden; und bringt die freie vollgültige Disposition über das Seine nur bei den Fällen der Ausnahme in Anrege, wo das einmal Zugestandene nun auch als förmliches Recht keine weitere Bestreitung zuläßt.

Von diesen Ausnahmen, insofern sie bloße Folgen einer Privatwillenserklärung sind, ist vorhin schon die Rede gewesen. Sie können aber auch

b) durch besondere Vorschriften der Gesetze bestimmt seyn. Dahin würde als Beispiel unter andern

(11 a) L. 1. §. 17. 18. 27. D. *de Quaest.* (XLVIII. 18.)

andern zu rechnen ſeyn, 1) wenn das ſchriftliche Bekenntniß über den Empfang eines Darlehns, Brautſchatzes, oder einer bezahlten Schuld, nach dem Ablauf gewiſſer Zeitfriſten gegen den Ausſteller oder deſſen Erben, völlig entſcheiden, und keinen Beweis des Gegentheils geſtatten ſoll. In wiefern man dieſe Strenge als den wahren Sinn der Geſetze und als noch geltende Vorſchrift annehmen könne, worüber die Meinungen noch verſchieden ſind, iſt hier nicht weiter zu unterſuchen. 2) Wenn die Geſetze den Verklagten, qui liti ſe obtulit, nun ſchlechthin nach ſeiner Ausſage behandelt wiſſen wollen — vorausgeſetzt, daß der Kläger das Gegentheil nicht auch ſchon gewußt haben ſollte (ᵘᵇ). Dies kann aber als beſondere Strafe der Chikane und in den Fällen, wo die Geſetze es beſtimmt haben, angewandt, keineswegs aber als allgemeine Regel behauptet werden, daß überhaupt

der,

(ᵘᵇ) L. 45. D. *de heredit. petit.* (V. 3.) Qui ſe liti obtulit, quum rem non poſſideret, condemnatur, niſi evidentiſſimis probationibus poſſit oſtendere, actorem ab initio litis ſcire, eum non poſſidere, quippe iſto modo non eſt deceptatus. — L. 13. §. 13. *ibid.* L. 25. 26. 27. D. *de rei vindicat.* (VI. 1.)

der, welcher wissentlich etwas gegen die Wahrheit bekannt hätte, schlechthin gegen dies Bekenntniß gar nicht weiter zu hören sey. So hat es kein Gesetz geordnet. Zwar sucht **Gönner** ([11c]) das Gegentheil zu behaupten; allein die Gründe sind nicht überzeugend. Von der wissentlich indebite geschehenen Zahlung, wo die Absicht, aus dem Seinigen etwas einzubüßen, deutlich in der Handlung liegt, ist auf das wissentlich unwahre Geständniß nicht zu argumentiren. Dieses kann durch die Vorstellung eines **gleichgültigen Umstandes**, oder dadurch, daß man ihn selbst für sich vortheilhaft geglaubt hat, allerdings aber auch durch die Absicht zu chikaniren veranlaßt seyn. Wie dem auch sey, so folgt doch ohne nähere Bestimmung der Gesetze für den Gegner nichts weiter daraus, als daß er seiner Seits diesen Umstand nicht weiter zu beweisen nöthig habe, keineswegs aber, daß das wirkliche Verhältniß der Sache von dem, der es einmal selbst anders behauptet hat, gar nicht mehr geltend gemacht werden könne. Diese Strafe der vor Gericht geredeten Unwahrheit setzt unstreitig eine bestimmte Anordnung der Gesetze voraus, ohne welche sie von keinem Richter zu verfügen ist. Gilt

dies

([11c]) Handb. IV. 44. 5.

dies nun von dem, der selbst die Wahrheit der Sache kannte, so wird es auch, und wohl noch mehr, von dem gelten, dessen Irrthum leicht vermeidlich, mithin schuldbar war.

Noch enthält aber das Römische Civilrecht 3) eine ganz eigene Vorschrift in Ansehung dessen überhaupt, was Jemand **gerichtlich** zugestanden hat, die bekannte Regel, nämlich: confessus *in jure* pro *judicato* habetur (12). Dieser der Römischen Prozeßform ganz eigene Grundsatz bezieht sich ursprünglich auf das getrennte Verfahren vor dem Magistrat, und dem eigentlichen Richter, dem jener die Untersuchung der Sache übertrug, worauf sodann die förmliche Entscheidung durch das Urtheil erfolgte. Ward die Sache nun schon bei dem Magistrat durch gegenseitiges Geständniß außer Streit gesetzt, so bedurfte es einer weitern Untersuchung nicht. Der confessus *in jure* hatte sich bereits selbst gerichtet, und war dem Urtheile des Rich-

(12) L. 1. D. de confess. (XLII. 2.) Confessus pro judicato est, qui quodammodo *sua sententia* damnatur. L. un. C. *eod.* (VII. 59.) Confessos *in jure* pro judicatis haberi placet. Quare sine causa desideras recedi a confessione tua, quum et solvere coeris.

Richters zuvorgekommen — pro judicato erat habendus. — Natürlich galt dies aber nur von dem, der vor dem ordentlichen und gehörigen Magistrat, des Gegners Forderungen, oder das von ihm behauptete Recht selbst, oder die Thatsachen, woraus dessen Anmaßung rechtlich folgte, ohne Ausflüchte als richtig und wahr einräumte (13). Die Wir-

(13) Nur dieser ist im eigentlichen Verstande confessus in jure; nicht also der Verklagte, welcher den faktischen Grund der Klage zwar ganz einräumt, aber Einreden vorschützt, oder das Recht des Klägers als ipso jure erloschen bestreitet, folglich eben dadurch den gegenseitigen Anspruch überhaupt nicht anerkennt. *Hugo Donell* ad rubr. tit. cod. de exceptionib. und Comment. jur. civil. XXII. 1. *Vinnius* comm. ad Instit. tit. de except. (IV. 13.) Das Geständniß in jure mußte übrigens von dem Theile, den es binden sollte, selbst abgelegt seyn, obgleich von Seiten des Gegners die Gegenwart eines Anwaltes genügte. — L. 6. §. 3. D. de confessis — Certe Procuratorem, tutorem, curatoremve praesentem esse sufficit. — §. 4. ibid. Sed an et ipsos procuratores vel tutores, vel curatores fateri sufficiat, videamus? Et non puto sufficere. §. 5. In pupillo tutoris auctoritatem exigimus. Minorem a confessione sua restituemus. Dagegen bemerkt *Paul. recept. Sent.* V. §. 3. Confiteri quis *in judicio* — nicht in jure — non tantum sua

voce,

Wirkung dieſer confeſſio in jure war dieſelbe, wie ſie das rechtskräftige Urtheil mit ſich brachte (14). Keine neue Erörterung der Sache fand der Regel nach dagegen Statt (15). Der Einwand des Irrthums iſt zwar nicht ganz bei dieſen Geſtändniſſen in

voce, ſed et litteris et quocunque modo poteſt. Convinci autem non niſi ſcriptura aut teſtibus poteſt.

(14) L. 6. §. 2. D. *de confeſſis.* Sed et ſi fundum vindicem meum eſſe, tuque confeſſus ſis, perinde habearis atque ſi dominii mei fundum eſſe pronunciatum eſſet. Et ſi alia quacunque actione civili, vel honoraria, vel interdicto exhibitorio, vel reſtitutorio, vel prohibitorio, dum quis convenitur, confitetur, dici poteſt, in his omnibus ſubſequi Praetorem voluntatem orationis Divi Marci debere, et omne omnino, quod quis confeſſus eſt, pro judicato haberi. Dem Verklagten, welcher des Rechts des Klägers einmal geſtändig war, wurden daher auch nur eben die Friſten zur Bezahlung zugeſtanden, die dem rechtskräftig Verurtheilten zu Gute kommen konnten, wie aus den hierauf folgenden Worten dieſer Geſetzſtelle und §. 6. ibid. erhellet.

(15) L. un. C. de confeſſ. ſiehe die vorige Note 12. L. 56. D. de re jud. (XLII. 1.) Poſt rem judicatam, vel jurejurando deciſam, vel *confeſſionem in jure factam* nihil quaeritur poſt orationem Divi Marci, quia in jure confeſſi pro judicatis habentur.

in jure außer Acht zu lassen. Vielmehr heißt es in den Gesetzen selbst: Non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit (16). Allein aus andern Stellen ergibt es sich, mit welcher Einschränkung dieser Satz anzunehmen sey, und daß der gedachte Einwand nur dann in Betrachtung kommen könne, wenn der Irrthum nicht sowohl einzig und zunächst den gegenwärtigen Streitpunkt, als vielmehr Dinge betrifft, die als wahr vorausgesetzt werden müssen, ehe überall von der eigentlich vorkommenden Streitfrage die Rede seyn kann. Gesetzt, der Verklagte, welcher aus dem Aquilischen Gesetze wegen eines getödteten Sklaven belangt ward, gestand in jure diese Tödtung zu, so war er freilich in der Folge noch zu hören, wenn er zeigen konnte, daß der Knecht gar nicht getödtet sey; war aber dies geschehen, so half es ihm nicht, wenn er auch beweisen wollte und konnte, daß er ihn nicht getödtet hätte (17). Hatte ferner der Verklagte sich einmal als

(16) L. 2. D. *de confess.*

(17) L. 23. §. 11. D. ad *Leg. Aquil.* (IX. 2.) Si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse, et postea paratus sit ostendere, hominem vivum esse, Julianus scribit, cessare Aquiliam, quamvis confessus sit se occidisse. Hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem ne necesse habeat docere, *eum* occi-

als den Schuldner eines gewiſſen Objekts bekannt, ſo kam ihm auch gegen dies Bekenntniß ſelbſt der Einwand des Untergangs der Sache nachhin nicht weiter zu Statten (18). Geſtändniſſe, die nicht vor

occidiſſe; *caeterum occiſum eſſe hominem a quocunque oportet.* L. 24. ibid. Hoc apertius eſt circa vulneratum hominem, nam ſi confeſſus ſit vulneraſſe, nec ſit vulneratus, aeſtimationem cujus vulneris faciemus? vel ad quod tempus recurremus? L. 25. ibid. Proinde ſi occiſus quidem non ſit, mortuus autem ſit, magis eſt, ut non teneatur in mortuo, licet faſſus ſit. L. 4. D. *de confeſſis.* Si is, cum quo Lege Aquilia agitur, confeſſus eſt ſervum occidiſſe, *licet non occiderit*, ſi tamen occiſus ſit homo, ex confeſſo tenetur.

(18) L. 3. D. *de confeſſ.* Julianus ait confeſſum certum ſe debere legatum omnimodo damnandum etiamſi in rerum natura non fuiſſet, et ſi jam a natura receſſit, ita tamen, ut in aeſtimationem ejus damnetur, quia confeſſus pro judicato habetur. L. 5. ibid. Qui Stichum debere ſe confeſſus eſt, ſive mortuus jam Stichus erat, ſive poſt litis conteſtationem deceſſerit, condemnandus eſt. Der Verklagte mochte ſich hiebei in facto oder in jure geirrt haben, genug er hatte die Forderung des Klägers ſelbſt einmal als wahr und richtig anerkannt, und war vermöge dieſes Geſtändniſſes jetzt unbedingt

vor dem ordentlichen und competenten Magistrat, nicht in Sachen ordentlicher Cognition, eigentlich in

als Schuldner anzunehmen, wie aus diesen Gesetzen deutlich erhellet. Daß besonders auch Unwissenheit oder irrige Vorstellung des Rechts, wenn diese etwa das Geständniß veranlaßt hätten, keine Entschuldigung dagegen begründeten, erhellet aus der vorhin schon angeführten L. 2. D. de confess. Non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit. Man würde aber dies Gesetz sehr unrichtig anwenden, wenn man vermöge desselben den Richter berechtigt und verpflichtet halten wollte, jeden, auch unrichtigen, Rechtssatz, den eine Partei vorgebracht hätte, eben darum, weil er einmal von ihr zugestanden wäre, gegen sie geltend zu machen, welches andern bekannten Vorschriften offenbar zuwider seyn würde. Nur 1) von der Römischen confessio in jure ist hier eigentlich die Rede; 2) nicht von dem, der einen unrichtigen Rechtssatz selbst vortrug, sondern von dem, der die Forderung oder das subjektive Recht eines Andern eingeräumt hatte, und jetzt etwa aus dem verkannten oder mißverstandenen objektiven Rechte Ausflüchte dagegen hernehmen wollte. — Mit den vorigen Gesetzen 3. und 5. ist auch L. 8. *ibid.* verb. Non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quae an in rerum natura esset incertum sit, nicht im Widerspruche. Denn Paulus, von dem auch die vorhin angeführte L. 3. herrührt, sagt hier nur:

in jure, ſondern in judicio oder gar außergerichtlich abgelegt waren, hatten natürlich als ſolche, und an ſich ſchon die volle Wirkung der Rechtskraft nicht. Sie konnten allerdings den Umſtänden nach die Wahrheit einer Thatſache begründen, ohne jedoch den Beweis des Gegentheils auszuſchließen (19). Schon nach neuerm Römiſchen

nur: *non omnimodo* condemnari debet — incertum ſit. Von dem wirklichen, hier aber noch ungewiſſen Daſeyn oder Nichtdaſeyn der Sache hängt es ab, in wiefern und wozu der Schuldige verurtheilt werden darf, ob zur Lieferung der Sache ſelbſt, oder zur Leiſtung ihres Werths, wie die Gloſſatoren ad h. L. ſchon bemerkten.

(19) Iſt das Geſtändniß nicht in jure, ſondern in judicio abgegeben, ſo muß erſt der Ausſpruch des Richters erfolgt ſeyn, wenn Rechtskraft eintreten ſoll. L. 74. pr. D. de judic. (V. 1.) Gönner Handb. d. Proz. IV. 44. 11. Bis dahin findet alſo L. 7. C. *de jur. et facti ignor.* (Note 5.) ihre Anwendung. Noch kann hiebei zur Erläuterung dienen L. 7. D. *de confeſſ.* Quum fideicommiſſum peteretur heres confeſſus eſt debere. Arbiter ad reſtituendum datus comperit nihil deberi. Quaeſitum eſt, an poſſit abſoluere? Reſpondi, poſſe intereſſe, qua ex cauſa nihil debeatur. Nam ſi ob id, quod nullum fideicommiſſum fuerit, non debere eum

ab-

Recht findet das getheilte Verfahren in jure et judicio abſolvere. Si vero quia teſtator forte ſolvendo non erat, aut quod heres omne ſolutum eſſe apud Praetorem dixerat, et quum controverſia et computatio difficilior eſſet, arbiter datus fuerit, ſalvo officio eum abſoluturum. Has enim partes ejus eſſe, ut ſi in computatione nihil inveniatur, poſſit abſolvere. *Sed et, ex ſuperiore caſu ad Praetorem remittere debeat, ut abſolvatur.* Africanus ſucht an dieſer Stelle nicht ſowohl die rechtliche Wirkung des Geſtändniſſes, als vielmehr nur bei Gelegenheit deſſelben die Befugniß des zur völligen Auseinanderſetzung der Parteien beſtellten arbitri, der bekanntlich auf die in der Inſtruktion des Magiſtrats ihm vorgezeichnete Form eingeſchränkt war, zu beſtimmen.

Von dieſer Seite betrachtet, hat *Anton Faber* error. pragmat. LXXXIX. 7., auf den ich hier vorzüglich verweiſe, die ganze Stelle trefflich erläutert. Daß am Ende doch der Prätor den Erben, ſeines Geſtändniſſes ungeachtet, von der Klage losſprach, wenn ſich ergab, daß der Erblaſſer das Fideicommiß gar nicht angeordnet habe, konnte verſchiedene Gründe haben, theils aus dem Vorbringen der Parteien, worüber Africanus ſich nicht näher erklärt, theils daher, weil der Magiſtrat, dem Sachen dieſer Art beſonders anvertraut waren — Praetor fideicommiſſarius — dabei außer der Ordnung verfuhr, zwar arbitrum zur Auseinanderſetzung der Parteien, aber doch eigentlich keinen judicem zur Unterſuchung der

That-

dicio nicht mehr Statt (20 a). Am allerwenigsten aber können die in unsern Gerichten geschehenen Geständnisse als jene confessiones in jure factae behandelt werden. Der Richter kann auf das Bekenntniß seinen Ausspruch gründen, aber dieser muß doch erst wirklich erfolgt, und selbst in Rechtskraft getreten seyn, um auch das förmliche Recht im strengen Sinne behaupten zu können.

Daß das Geständniß der Regel nach den Beweis des Gegentheils nicht ausschließe, ist im Vorhergehenden gezeigt worden. Aber damit ist freilich noch nicht gesagt, daß Jemand bloß nach Willkühr ein bereits abgelegtes Erkenntniß wieder zurück nehmen, und dadurch die Sache in den Stand setzen dürfe, worin sie sich ohne dasselbe befunden haben würde. Die Sachführer müssen indeß an die Zulässigkeit eines solchen Widerrufs sehr glau- 11

ben,

Thatsachen bestellte, sondern diese selbst übernahm, L. 178. §. 2. D. de V. S. *Ulpian* fragm. XXV. 12., folglich von einer confessio in jure im genauen Verstande die Rede nicht war.

(20 a) §. ult. I. de interdict. (IV. 15.) Quoties extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia etc. L. 2. C. de pedan. jud. (III. 3.) Glücks Pandekten, Th. 3. §. 184. und 190.

ben, weil sie überall, wo ein Umstand, der ihnen vortheilhaft scheint, vom Gegner bekannt wird, mit der nützlichen Annahme desselben — acceptatio utilissima — bei der Hand sind. Dieser Behelf hat gar keinen rechtlichen Grund für sich. Das Geständniß hat, wenn die vorhin bemerkten Rechtsgründe, wovon seine Wirkung abhängt, vorhanden sind, schon als einseitige Erklärung volle Kraft, und macht gegen den, der es geleistet hat, unstreitig, wenigstens einstweilen, rechtliche Wahrheit aus. Fehlt es aber an jenen Rechtsgründen und ist das Geständniß, an sich betrachtet, unwirksam, so kann es durch die Acceptation keine Bündigkeit erhalten, die es sonst nicht hat; und dann ist auch nicht sowohl von der Zulässigkeit des Widerrufs, als vielmehr von der Bestreitung der Gültigkeit des Geständnisses an sich die Rede. Darauf also, ob der Gegner einen zugestandenen Umstand schon acceptirt habe, oder nicht, kann gar keine Rücksicht genommen werden. Fragt man nun im Ganzen, in wiefern Geständnisse wieder einseitig zurück genommen werden können, so ist vor allen Dingen auf die Lage zu sehen, worin sich die Rechtssache jetzt, da die Zurücknahme geschehen soll, befindet. Ist sie schon rechtskräftig entschieden, so kann der gedachte Widerruf natür-

türlich nur in sofern Statt finden, als er mit gerechten Ursachen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die eingetretene Rechtskraft sich unterstützen läßt. Eben so verhält es sich auch in den übrigen vorhin bemerkten Fällen, wo das Geständniß nach besondern Gründen mit der vollen Wirkung des förmlichen Rechts unter den Parteien verbunden ist.

Diese Verhältnisse abgerechnet, folgt aber aus der Beweiskraft, die den Bekenntnissen zukommt, und aus der rechtlichen Wahrheit, die durch sie begründet wird, an sich nichts weiter, als daß der Gegner, welcher diese für sich hat, mit weiterer Beweisführung in Ansehung derselben nicht zu belästigen sey. Also kann das gültige Geständniß zu dem Zwecke, damit der Gegner den eingeräumten Umstand nun doch erst beweisen soll, nicht widerrufen werden. Hingegen dem, der aus Irrthum etwas Unwahres als wahr bekannt hat, muß es doch der Regel nach, so lange die Streitsache noch nicht rechtskräftig entschieden ist, frei stehen, das Bekenntniß wieder aufzurufen, wenn er selbst durch Beweis des Gegentheils den behaupteten Irrthum darthun will. Dies Alles hat, als Regel betrachtet, seine unleugbare Richtig-

keit

keit ([20 b]); doch gibt es in Ansehung der Irrthümer, die ein Advokat in der Verhandlung der Sache seiner Partei begangen hat, besondere gesetzliche Bestimmungen, deren wir hier noch zu erwähnen haben.

12 Die Sache wird bekanntlich von den Auslegern verschieden dargestellt ([21]). Vielleicht kann sie gerade bei dieser Gelegenheit, wo von der Zurücknahme der Geständnisse überhaupt die Rede ist, der Gewißheit etwas näher gebracht werden.

Daß der Rechtsirrthum des Advokaten oder Anwaltes dem Clienten nicht schaden könne, da

der

([20 b]) Hoffentlich wird auch nicht leicht aus der litis contestatio, als sogenannter Quasicontrakt betrachtet, da diese Vorstellung ohnehin ganz unrichtig ist — vergl. die Schrift von der natürl. Verbindl. §. 27. — ein Argument gegen diese in den vorhin angeführten Gesetzen so ganz allgemein bestätigte Regel hergenommen werden, obgleich *Wernher* sel. observat. X. 380. dergleichen einmal als Zweifelsgrund äußerte.

([21]) *Leyser* med ad Pand. XLVIII. 5. 6. 7. Strube R. B. I. 136. *Siegfr. Caeso ab Aeminga* de revocatione erroris ab Advocato commissi. Gryphiswald. 1766. Glück's Pandekt. 5. Th. §. 368.

der Richter solchen, er mag begangen seyn von wem er wolle, immer schon von Amtswegen verbessern muß, versteht sich von selbst. Was aber den faktischen Irrthum anbetrifft, hat man zwei Fragen zu unterscheiden. Erstlich: Findet überhaupt die Zurücknahme desselben Statt? Zweitens: Mit welchem Erfolg kann der Widerruf des Irrthums geschehen? Die erste Frage ist auch hier ganz nach den bisher vorgetragenen Regeln, folglich allerdings mit Ja zu beantworten. Bis eine rechtskräftige Entscheidung erfolgt ist, steht der Widerruf an sich dem Clienten immer frei. Nach eingetretener Rechtskraft bleibt dem verletzten Theile nur das Restitutionsgesuch, so weit dieses überhaupt dagegen nach besondern Gründen noch zulässig ist, übrig (22); mit dem alleinigen Widerru-

fe

(22) Cap. 2. x. *de in integr. restit. in 6to* (I. 21.) Si adversus confessionen in judicio a se factam, laesa ecclesia beneficium restitutionis in integrum intra quadriennium ab ipsius confessionis tempore computandum petere negligenter omittat, non est (nisi aliquid rationabile adpareat, quod aliud suaserit faciendum) ad. hoc petendum ulterius admittenda. Ubi vero per *viam communem* revocationis erroris quem in facto praetendit, vult adversus suam confessionem ecclesia se juvare hoc quandocunque poterit, donec negotium sit finitum.

se des Bekenntnisses hingegen ist er nicht zu hören (23).

13 Die zweite Frage betreffend, wird man unstreitig den Grundsatz als Regel gelten lassen müssen: Was der Advokat mündlich **in Gegenwart** seiner Partei, oder was er schriftlich in Aufsätzen, welche dieser bekannt waren, vorträgt, ist eben so anzusehen, und hat daher gleichen Erfolg, als wenn es die Partei selbst vorgebracht hätte (24). Hieraus würde also folgen, daß der Client zwar berechtigt sey, die ihm nachtheilige Behauptung bis zur eingetretenen Rechtskraft zurückzunehmen, daß er sich aber auch damit zugleich die Verbindlichkeit auflege, das Gegentheil des sonst als wahr anzu-

(23) Cit. cap. 2. X. *de rest. in int.* L. 3. C. *de error. advocat.* (II. 10.) Sententiis finita negotia rescriptis revocari non oportet, nec enim quae constituta sunt, ut advocatorum error litigatoribus non noceat, tibi etiam opitulari possunt, cum te praesente neque causae palam ex continenti, id est trido proximo contradixisse, neque post sententiam appellationis remedio, si tibi haec displicebant, usam esse proponas.

(24) L. 1. C. *ibid.* Ea quae advocati, praesentibus his quorum causae aguntur, allegant, perinde habenda sunt, ac si ab ipsis dominis litium proferantur.

anzunehmenden Satzes zu beweisen, vorausgesetzt, was sich hier und so oft von diesem Beweise die Rede ist, von selbst versteht, daß die vorkommenden Thatsachen an sich und in Beziehung auf den gegenwärtigen Rechtsstreit, einer förmlichen Beweisführung bedürfen. Weil es aber bei manchen, zumal der Rechte ganz unkundigen Parteien leicht möglich ist, daß in den mündlichen oder schriftlichen Vorträgen ihrer Sachführer dies oder jenes von ihnen nicht gehörig beachtet wird, daß ferner der Anwalt seine Partei, und diese wiederum ihren Sachführer mißversteht, und es dann hart seyn würde, dem Clienten das Unwahre als wahr aufzudringen, oder sie mit Beweisen, wovon sie eigentlich frei gewesen wären, zu belästigen, so ist es eine billige Nachsicht der Gesetze, wenn sie dem Clienten hier noch eine, obgleich kurze Frist von drey Tagen gestatten, um binnen selbiger die Behauptung des Advokaten zurücknehmen, und sich dadurch von der nachtheiligen Wirkung derselben befreien zu können (25). Natürlich muß also nun

zwi-

(25) cit. L. 3. C. ibid. Man ist zwar über die Aechtheit der Worte: *id est triduo proximo*, in dieser Constitution nicht ganz einig. Allein die Gründe dawider sind nicht entscheidend. Glück's Pandekt.

zwischen dem, der das Geständniß des Advokaten binnen dieser Zeit wieder aufruft, und dem, der es erst nachher bestreiten will, ein Unterschied Statt finden. Und dieser kann den Rechten nach kein anderer, als folgender seyn: Was vor Ablauf von drei Tagen zurückgenommen wird, muß als nicht gesagt angesehen, und der Client deshalb mit keinem Beweise, den er sonst nicht zu übernehmen hätte, beläſtigt werden. Dahingegen wird der, welcher erst nach drei Tagen den Irrthum des Advokaten verbessern will, dazu nur dann zu lassen seyn, wenn er den Beweis des Gegentheils zu führen vermag. Beides folgt aus jener Zeitbestimmung im Zusammenhange der übrigen Gesetze von selbst, da das eigne Geständniß, wie vielmehr also das von dem Advokaten abgelegte, **wenn man das Gegentheil darthun will**, nicht bloß in drei Tagen, sondern immer noch, selbst in folgenden Instanzen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Sache widerrufen werden kann (26). Mithin

c. l. n. 19. Soviel ist wenigstens gewiß, daß die Gerichte der gedachten Bestimmung folgen, und auch, jener Zweifel ungeachtet, folgen müssen.

(26) Nach den in den Noten 22. und 23. angeführten Gesetzen, imgleichen vermöge L. 7. C. *de juris et facti ignorant.* Note 5.

hin würde die erwähnte Zeitbestimmung offenbar ganz zwecklos seyn, wenn der, welcher sie beobachtet, eben die Belästigung übernehmen müßte, und um Nichts besser daran seyn sollte, als der, welcher sie vernachlässigt. Denn nirgends ist der dreitägige Zeitraum mit der peremtorischen Wirkung vorgeschrieben, daß nach dessen Ablauf der Client selbst während des Prozesses und vor eingetretener rechtskräftigen Entscheidung gegen die Behauptung seines Sachwalters **gar nicht** weiter gehört werden sollte (27).

Der

(27) Nach meiner Ueberzeugung hat *Brunnemann* in comm. ad L. 3. C. ibid. die Sache sehr richtig getroffen. Nach seiner Versicherung stimmte auch damit derzeit die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten überein. In der Folge ist man sehr davon abgewichen, und es wird jetzt von vielen Auslegern dem Clienten in jedem Falle, auch wenn er den Irrthum sogleich oder innerhalb drei Tagen verbessern will, der Beweis des Gegentheils aufgelegt. Schwerlich wird sich dies mit den Gesetzen gehörig vereinbaren lassen. Man beruft sich zwar noch besondere auf **L. 2. C. ibid.** Errores eorum, qui desideria, id est, preces scribunt, veritati praejudicium afferre non posse, manifestum est. Et ideo si condemnationem, cujus mentionem libello insertam esse proponis, manifeste probare potes non interfuisse: allegatio-

nes

14 Der abwesende Client verdient unstreitig viel mehr Nachsicht, als der, welcher die in seiner Gegenwart geschehenen Vorträge nicht beachtete. Jener kann also den Rechten nach nicht schlimmer daran seyn, als dieser. Hieran müssen die Rechtsgelehrten nicht gedacht haben, wenn sie gleichwohl dem Abwesenden die Zurücknahme dessen, was sein Advokat zugestanden hat, immer nur unter der Be-

nes tuas laedi non oportere, is qui super negotio disceptaturus est, non ignorabit; allein dies Gesetz enthält nichts weiter, als was der Regel nach in Ansehung des widerrufenen Geständnisses Statt finden soll und muß. Daß aber von dieser Regel nach Anleitung des folgenden Gesetzes billig der Fall auszunehmen sey, da der Client auf der Stelle, oder was diesem gleich geachtet wird, innerhalb drei Tagen den begangenen Irrthum zurücknimmt, ist aus einleuchtenden Gründen bisher gezeigt worden, welche durch dieses Gesetz nicht gehoben werden. Gibt man zu, daß ein streitender Theil, wenigstens noch in der nämlichen Gerichtssitzung den unrichtigen Vortrag seines Sachführers berichtigen könne, ohne sich deshalb besonders mit Beweisen erst zu belästen, so wird man auch das übrige hier Behauptete gelten lassen müssen. Denn ausdrücklich wird in cit. L. 3. das, was innerhalb drei Tagen geschieht, dem quod in continenti fit völlig gleichgeachtet.

Bedingung des zu beweisenden Irrthums, gestatten wollen. Zuvörderst ist es wohl ausgemacht, daß der Vortrag eines gar nicht oder nicht gehörig bevollmächtigten Sachwaltes dem Principal, wenn dieser das Gesagte oder Geschriebene in der Folge nicht genehmigt hat, keinesweges zum Nachtheile gereichen kann. Es ist gegen ihn ohne alle rechtliche Wirkung (28). Fehlt es aber dem Sachführer an einer gültigen Vollmacht nicht, so ist freilich die Partei selbst, dem strengen Rechte nach, an die Handlungen ihres Stellvertreters gebunden (29). Allein das wenigste, was doch die Billigkeit und selbst auch die Absicht der bisher angeführten Gesetze mit sich bringt, ist doch dieses, daß man hier nicht nach strengern Grundsätzen, als da, wo der Sachführer in Gegenwart des Clienten redet, verfahren dürfe. Es versteht sich also von selbst, daß dieser, von der Zeit angerechnet, da ihm eine nähere Kenntniß des Inhalts der Akten zu Theil ward, binnen drei Tagen das in seiner Abwesenheit

(28) L. 24. C. de procurat. (II. 13.)

(29) Diesem ist hier auch die vorhin Note 13. angeführte L. 6. §. 4. D. de confessis nicht entgegen, da sie nur die besondere Wirkung confessionis in jure betrifft,

heit Vorgetragene mit eben der Wirkung muß zurücknehmen können, als es von dem, der dabey zugegen war, geschehen kann. Den vorkommenden Umständen nach wird die Zulässigkeit des Widerrufs zu diesem Zwecke von der eidlichen Versicherung, daß man nicht früher mit dem Vortrage bekannt geworden sey, abhängig gemacht werden können. Nach dem Ablaufe der gedachten Frist gibt zwar die Abwesenheit dem, der den Irrthum früher zurücknehmen konnte und mußte, an sich keinen zureichenden Rechtsgrund mehr, um das, was einmal in seiner Sache von dazu legitimirten Personen vorgetragen ist, gänzlich als nicht gesagt, wieder aufheben zu können. Die Regel des Rechts wird ihm also den Beweis auflegen, daß die Thatsachen, von denen die Rede ist, sich wirklich anders verhalten. Indeß können doch nach den Umständen und persönlichen Verhältnissen auch hier noch besondere Gründe zum Zweck der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen des nicht rempestive geschehenen Widerrufs vorkommen, z. B. die Unwissenheit des Rechts, das minderjährige Alter, u. d. m., womit der verletzte Theil allerdings zu hören ist.

15 Billig sollten zwar die Parteien sich selbst gehörig um das, was in ihren Angelegenheiten vor-

geht,

geht, bekümmern, die Schriften, welche in ihrem Namen übergeben werden, lesen, oder sich vorlesen lassen, zumal, wenn es auf Thatsachen ankommt, die ihnen bekannt sind, und sie müssen daher den aus der Unterlassung dieser Vorsicht entstehenden Schaden sich selbst beimessen. Aber zuvörderst kann ihnen doch selbst ihre vorausgesetzte Schuld nicht nachtheiliger werden, als es die Gesetze selbst, bestimmt haben, und wenn daher von **Struben** (30) behauptet wird, daß es Niemanden zu verstatten sey, das zu widerrufen, was sein Schriftsteller eingeräumt hätte, so erfordert dies, wie man leicht einsieht, und auch selbst die Ueberschrift des angeführten Bedenkens zu erkennen gibt, eine erhebliche Berichtigung. „Unsere schriftlichen Prozesse, sagt „er, würden noch mehr verlängert und verwirrt, „wenn jenes einem Jeden freistünde" — Es ist schlimm genug, daß nach der Verhandlungsmaxime des gemeinrechtlichen Prozesses in Deutschland dem Richter die Kenntniß der Thatsachen, worauf jeder streitende Theil sich zu gründen sucht, nur durch das Organ der Advokaten und Anwälte, selten aber durch persönliche Vernehmung der Parteien selbst zugeführt wird. Soll aber dieser Mangel

(30) Rechtl. Bed. I. 136.

Bayerische Staatsbibliothek München

gel des gerichtlichen Verfahrens nun auch noch gegen die Parteien selbst die harte Folge haben, daß ihnen die Berichtigung der fehlerhaften Angaben ihrer Rechtsfreunde, wo nicht ganz versagt, doch wenigstens äußerst erschwert werde; oder wird ein billiger Richter nicht gerade in dieser Art, die Prozesse zu verhandeln, noch einen Grund mehr finden, jene Berichtigung möglichst zu begünstigen? Es fehlt sehr viel daran, hier immer die eigne Schuld der Parteien behaupten zu können; im Gegentheil ist wohl den Advokaten, welche so manchen schriftlichen Vortrag ins Gericht bringen, ohne ihn vorher dem Clienten mitgetheilt zu haben, weit mehr als diesem, der seinen Sachführer hinlänglich von der Sache unterrichtet glaubte, vorzuwerfen. Daß inzwischen dem Gegner der Aufwand ersetzt werde, welcher in unrichtigen Vorträgen, die jetzt zurückgenommen worden, seinen Grund hatte, wird nicht unrichtig bei dieser Gelegenheit von den Rechtsgelehrten angemerkt (31). Denn wenn es billig ist, daß eine Partei durch Irrthum des Advokaten nicht ganz ihres Rechts verlustig werde, so ist es doch auch gewiß eben so billig, daß dem Gegner durch vergebliche Kosten, kein Schade

zuge-

(31) *Aeminga* cit. Dissert. §. 28.

zugefügt werde. Der Client, welcher diesen vergüten muß, mag sich an seinen Sachwalt halten, der ihm überhaupt wegen der nachtheiligen Folgen seiner unrichtigen Vorträge verantwortlich bleibt (32), in sofern dem Clienten nicht selbst irgend eine Vernachlässigung dabei vorzuwerfen ist.

Daß das Geständniß selbst wirklich vorhan- 16
den und ausgemacht seyn müsse, bevor der Richter über die Wirkung desselben entscheiden kann, versteht sich von selbst. Die Gesetze verordnen zwar bisweilen, daß ein Umstand als wahr und zugestanden angenommen werden könne, wenn die Partei, der es oblag, sich darüber zu erklären, die schuldige Antwort unterläßt. Diese Strafe des Ungehorsams bei Seite gesetzt, darf der Richter der Regel nach nur dasjenige als zugestanden annehmen, was die Partei, gegen die es gelten soll, durch ausdrückliche und bestimmte Erklärung anerkannt hat. Der Verklagte z. B. kann Einreden vorschützen, woraus sich wohl folgern lassen dürfte, daß an sich der faktische Grund der Klage dadurch zugestanden sey. Wer vorgibt, die Schuldforderung

(32) L. 13. und 21. C. Mandati (IV. 35.) *Wernher* select. observat. VIII. 363. *Aeminga* §. 27. etc. Glück's Pandekt. §. 365 u. f. w.

tung des Klägers schon bezahlt zu haben, scheint zuzugeben, daß ursprünglich eine solche Forderung vorhanden gewesen, und also die Thatsache, worauf der Kläger sie gründet, der Wahrheit gemäß sey. Allein durchaus richtig ist diese Folgerung nicht; denn man kann indebite gezahlt haben, und da die Einreden nur auf den Fall dem Verklagten zu Gute kommen sollen, wenn der Kläger erst vorher seinen Anspruch begründet hat, so würde es gerade gegen diesen Zweck, und gegen die Absicht des Verklagten angehen, wenn man gleichwohl seine Einreden selbst wider ihn gebrauchen, und eine Anerkennung des Klagegrundes daraus herleiten wollte. Die Gesetze verordnen vielmehr ganz bestimmt und allgemein: exceptionem objiciens de intentione partis adverſae non intelligitur fuiſſe confeſſus. Cap. 6. x. *de exceptionib.* (II. 25.) so auch das Römische Recht: Non utique exiſtimatur confiteri de intentione adverſarii, quocum agitur, quia exceptione utitur. L. 9. D. ibid. (XLIV. 1.) Diese Vorschriften sind der Natur der Einreden so gemäß, daß der Richter sich keine Abweichung davon gestatten darf, wie sehr auch die Advokaten des Klägers es hierauf anlegen mögen.

Neue-

Neuerer Zeit iſt zwar theils von **Weſtphal** (33), theils und vorzüglich von **Gönner** (34) gegen die Allgemeinheit der gedachten Regel, beſonders aber gegen die fortdauernde Anwendbarkeit derſelben in unſern Gerichten mit Beziehung auf die Vorſchrift des Reichsabſchiedes von 1654. §. 37. Manches erinnert worden. Man gibt zwar zu, daß, wenn der Verklagte die Thatſachen, worauf es ankommt, ganz beſtimmt in ſeiner Antwort leugnet, daneben aber noch Einreden hinzufügt, alsdann aus den letztern kein Geſtändniß der wirklich verneinten Punkte der Klage gefolgert werden dürfe, wie widerſprechend auch immer ſein Vortrag ſcheinen möge. Anders aber ſoll ſich die Sache verhalten, wenn der Verklagte, ohne ſich beſtimmt über den faktiſchen Grund der Klage zu erklären, nur Einreden vorſchützt. Hier glaubt beſonders **Gönner** in dem angeführten Reichsgeſetze einen Grund für die Behauptung anzutreffen, daß der Verklagte, welcher die ihm geſetzlich obgelegene pünktliche Antwort auf die Klage unterläßt, ſich eben

(33) Oeffentl. und Privat-Rechtsgutachten und Erkenntniſſe des bürgerl. Rechts nach Ordn. d. Pandekt. tit. de confeſſis §. 6.

(34) Handb. d. Proz. I. 13.

eben dadurch einer weitern Bestreitung der Thatsachen, worauf sie sich gründet, begeben habe, daß folglich diese nunmehr als zugestanden angenommen werden müssen, und der ganze Streit jetzt nur von den Einreden und deren Begründung abhänge. Daß dieses aber aus der gesetzlichen Vorschrift, welche dem Verklagten eine pünktliche Antwort auf die Klage zur Pflicht macht, noch keineswegs mit Recht zu folgern, vielmehr der Richter vermöge derselben nur berechtigt sey, auf bestimmtere Erklärung zu dringen, und fernerhin die bekannte gemeinrechtliche Strafe des Ungehorsams, d. i. daß mit Verlust der Einreden lis pro negative contestata anzunehmen sey, zu verfügen, ist bereits bei einer andern Gelegenheit ausführlich gezeigt, ebendaselbst auch das Nöthige gegen Westphal erinnert worden (35). Es wird genügen, darauf zu verweisen, ohne das Vorgetragene hier durchgängig wiederholen zu dürfen. Dagegen aber wird es nicht undienlich seyn, einige Bemerkungen, welche dort nur im Allgemeinen gemacht sind, und der Mißdeutung des Satzes: excipiens non confitetur, zuvorzukommen, hier noch etwas näher zu erläu-

(35) Beiträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einred. II. u. III. 15.

erläutern, und in ihrer Anwendung desto anschaulicher darzustellen.

Natürlich deutet der angeführte Grundsatz 18 immer nur so viel an, daß durch die Einrede des Verklagten der Klagegrund selbst noch nicht zugestanden sey. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß der Kläger die Gegenbehauptung des Verklagten nun gar nicht nutzen, noch irgend eine rechtliche Folgerung für sich daraus herleiten dürfe. Unstreitig kann der Kläger 1) die Thatsachen **gerade so, wie sie der Verklagte zur Begründung seiner Einreden bestimmt anführt**, als zugestanden zum Grunde legen, wenn er findet, daß daraus für ihn rechtliche Folgen abgeleitet werden können. — In einem Rechtshandel wegen außerehelicher Schwängerung behauptete die Klägerin, daß Verklagter ihr vier Wochen vor Pfingsten beigewohnt habe. Verklagter leugnete dies, behauptete aber dagegen, daß er am 16ten oder 17ten Julius mit ihr zu thun gehabt habe. Von dieser Zeit bis zur Niederkunft im Januar waren 187 Tage verflossen, folglich war aus der eigenen Angabe des Verklagten seine Vaterschaft anzunehmen. Doch verlangte er, daß die Klägerin den Beischlaf zu der in der Klage angegebenen Zeit beweisen solle,

und

und das Gericht erkannte sie auch dazu schuldig. Dies war aber gar nicht nöthig, und mußte daher in der zweiten Instanz abgeändert werden, da das, was er selbst behauptete, zu seiner Verurtheilung schon hinreichte. 2) Gesteht gleich der Verklagte durch die Einreden den faktischen Grund der Klage noch nicht zu, daß der Richter diesen nun schon gegen ihn als wahr annehmen dürfte, so kann doch der Kläger die Thatsachen, welche der Verklagte bestimmt behauptet, und worauf Einreden von ihm gegründet werden, zum Zweck einer artificiellen Beweisführung nützen, wenn selbige eine Schlußfolge auf die Wahrheit oder Wahrscheinlichkeit der dem Libell zum Grunde liegenden Thatsachen darbieten, und daher wenigstens so viel bewirken, daß der Kläger zum Ergänzungseide in Ansehung der unvollständigen Beweisführung gelassen werden darf. — Gesetzt, die Zeitrechnung hätte in dem vorhin angeführten Rechtsfalle die Vaterschaft des Verklagten nach seiner eigenen Behauptung noch nicht ganz entschieden, so gestand er doch, mit der Klägerin in einem verbotenen Umgange gewesen zu seyn. Warum sollte dieses von ihm selbst angeführte Faktum nicht mit gebraucht werden können, um die Angabe der Klägerin desto wahrscheinlicher zu machen, und eben daher den in der Klage angege-

benen

benen Beischlaf eidlich von ihr erhärten zu lassen? Der Kläger kann aber 3) wenn er das Faktische der Einreden für sich nutzen will, solches nur gerade so, wie es der Verklagte selbst angeführt und zugestanden hat, zur nähern Begründung seiner Absicht annehmen. — Bei einem Gutshandel hatte sich der Käufer des Beiraths und der Hülfe eines Dritten bedient. Dieser behauptete, daß ihm, da der Handel schon zu Stande gekommen, und die Punktation bereits von beiden Theilen unterschrieben wäre, von dem Käufer eine Vergeltung von 500 Thaler versprochen worden sey. Er klagte also auf Bezahlung dieser Summe, obgleich der Kauf wieder rückgängig geworden war. Der Verklagte gestand zwar a) die 500 Thaler versprochen zu haben, aber nur b) unter der Bedingung, wenn der Handel zu Stande kommen würde, worunter er nichts anders als die Vollendung des Handels durch Uebergabe des Guts verstanden haben wollte. Es ward erkannt, Kläger sey schuldig, zu beweisen, daß der Handel zu Stande gekommen sey. Da die Parteien darin einig waren, daß der Kauf nicht zur Erfüllung gediehen sey, so konnte der Beweissatz nichts anders als die Perfektion des Contrakts andeuten. Der Verklagte hatte aber nur so viel eingestanden,

daß

daß er in Beziehung auf die gänzliche Vollendung des Kaufs, und unter deren Bedingung die Vergeltung versprochen hätte, und da der Kläger selbst die Zeit des Versprechens nach bereits unterzeichneter Punktation, mithin nach perfekt gewordenem Handel angab, so war die Bedingung, welche der Verklagte in seiner Gegenbehauptung anführte, allerdings von der **Consummation** des Handels zu erklären, obgleich sonst der Ausdruck, daß der Handel zu Stande gekommen sey, auch noch eine andere Deutung zuläßt, die aber hier über das Geständniß des Verklagten hinausgegangen seyn würde. Zugleich lag aber auch schon in der Gegenbehauptung des Verklagten die Einrede conditionis plane deficientis mit, da beide Theile darüber einig waren, daß der Kauf vor erfolgter Uebergabe wieder rückgängig geworden sey. Folglich konnte vom Beweise, daß der Handel zu Stande gekommen sey, nicht mehr die Rede seyn; nicht in dem Sinne, wie der Verklagte den Ausdruck gebraucht haben wollte; denn hier war das Gegentheil des Beweissatzes schon ausgemacht; aber auch nicht in der Bedeutung, wie der Kläger die Worte nahm. Denn in diesem Verstande hatte der Verklagte auch das bedingte Versprechen nicht zugestanden. Es blieb daher nichts weiter übrig, als

dem

dem Kläger aufzugeben, den Grund seiner Klage, mithin das unbedingte Versprechen der Vergeltung geleisteter Dienste, zu beweisen.

In den Verhandlungen der Civilprozesse ist[19] es überhaupt etwas sehr gewöhnliches, daß nach den Geständnissen des Gegners gehascht wird. Verdenken kann man es den Parteien und ihren Sachführern nicht, daß der kürzeste Weg, den Schwierigkeiten der gerichtlichen Beweisführung zu entgehen, ihnen auch der willkommenste ist. Aber desto mehr ist es Pflicht der Richter, diese Berufungen auf gegenseitige Geständnisse nicht auf Glauben als wahr anzunehmen, sondern sich erst selbst gehörig von dem wirklichen Daseyn der Bekenntnisse zu überzeugen. Von dem unlautern Behelfe mancher Advokaten, welche überall Dinge als zugestanden acceptiren, die der Gegner keineswegs eingeräumt hat, soll hier nicht weiter die Rede seyn. Dieser Kunstgriff ist zu sehr unter der Würde eines ehrliebenden Sachführers, als daß er noch eine besondere Rüge verdienen sollte, und vernünftige Richter, die es ernstlich mit den Pflichten ihres Amts meinen, werden sich doch durch so etwas nicht irre machen lassen. Aber es ist noch eine vermeinte Rechtsregel übrig, unter deren Anleitung

viel

viel Unrecht geschehen kann, und die wir daher nicht ganz übergehen wollen. „Wer dem ihm „nachtheiligen Anführen nicht widerspricht, von „dem ist zu vermuthen, daß er es eingestehe;“ oder wie **Mevius** es ausdrückt: Quaecunque pars adversa non disputat vel movet, judex pro concessis habet ac sequitur (36) d. i. die confessio tacita. Die Gesetze haben diese keineswegs sanctionirt: und die Sache selbst gibt manche Gründe dawider an die Hand. Der Widerspruch gegenseitiger Angaben unterbleibt, wie **Struben** (37) richtig bemerkt, vielfältig aus Nachlässigkeit des Schriftstellers, oder weil er den Umstand als unerheblich und keiner Antwort würdig geachtet hat. Geradezu läßt sich also die Behauptung darum noch nicht als eingeräumt annehmen. Vielmehr wird dieses nur unter gewissen Verhältnissen oder nach besonderer Bestimmung der Gesetze Statt finden können. Hätte Jemand eine gegenseitige Behauptung nur zum Theil und mit irgend einer Einschränkung bestrit-

(36) Decis. 11. 284. 7. *Leyser* med. ad Pandect. 473. 8. vergl. jedoch Strube R. B. I. 94. *Fratr. Becmannor.* consil. et decis. I. 34. 7. II. 52. 11. Glück's Pand. 4. Th. §. 290. Gönner Hdb. d. Proz. IV. 44. 2.

(37) S. vor. Note.

stritten, dabei aber das Uebrige unberührt gelassen, so könnte dieses den Umständen nach wohl als eingeräumt angesehen werden; käme ferner eine gewisse Angabe häufig in der Verhandlung der Sache, oder wie man sagt, per integra acta vor, hätte der Gegner sie als zugestanden wieder in Anrege gebracht, und wäre sie doch darauf unwidersprochen geblieben, so dürfte alsdann der Richter wohl berechtigt seyn, sie als wahr bei der Entscheidung zum Grunde zu legen. Sonst ist es richtiger, die Gegenpartei zur bestimmten Erklärung über den bisher unbeantwortet gebliebenen Umstand anzuhalten, wie es die Cellische Oberappellationsgerichtsordnung (38) ausdrücklich vorschreibt, oder doch wenigstens ihre rechtlichen Einwendungen dagegen vorzubehalten, wofern nicht die besondern Fälle eintreten, wo den Gesetzen nach poena confessi et convicti, als Strafe des Ungehorsams wegen unterlassener Antwort anwendlich wird.

Noch ist eine erhebliche Eintheilung der Geständnisse in **unbedingte** oder **einfache** und **bedingte** oder **qualificirte** übrig; wovon aber schicklicher bei Erörterung der Frage: Wer beweisen müsse? die Rede seyn wird.

(38) P. 2. tit. 12. §. 10. bei Struben a. a. O.

V.

V.

Ueber die Vermuthungen.

Vermuthung im Allgemeinen ist das Fürwahrhalten einer Sache aus Gründen, von denen man sich bewußt ist, daß sie zur völligen — — in Rechtssachen also zur rechtlichen — Gewißheit an sich nicht hinreichen würden. Man unterscheidet bekanntlich dreierlei: a) die gemeine oder bloß faktische Vermuthung — praesumtio hominis s. simplex — b) die provisorisch sanctionirte Vermuthung — praesumtio juris s. qualificata — Rechtsvermuthung — c) die ganz unbedingt vorgeschriebene Vermuthung — praesumtio juris et de jure — Gemeine oder einfache Vermuthungen beruhen auf Wahrscheinlichkeitsgründen, die der Richter zu prüfen hat, und können also nur durch das Gewicht dieser Gründe zur Glaubwürdigkeit einer Sache beitragen. Betrifft diese Vermuthung eine gesetzwidrige Handlung, oder die Theilnahme derselben, so heißt sie **Verdacht**. — Rechtsvermuthungen — praesumtiones juris — sind durch das Gesetz dergestalt sanctionirt, daß der Richter vermöge derselben

selben einen gewissen Thatsatz als ausgemacht annehmen muß, vorausgesetzt, daß das Gegentheil nicht gehörig erwiesen wird. — Die ganz unbedingt vorgeschriebene Vermuthung endlich — oder sogenannte praesumtio juris et de jure — soll diejenigen Fälle begreifen, wo das Gesetz vermöge einer bereits ausgemachten Thatsache den Schluß auf eine andere dergestalt als wahr und entscheidend anerkannt wissen will, daß auch selbst der Beweis des Gegentheils nicht weiter Statt findet; z. B. daß ein Ehegatte, welcher den begangenen Ehebruch des andern wußte, und doch den ehelichen Umgang fortsetzte, sein Recht, auf die Scheidung zu dringen, hiedurch aufgegeben habe, oder daß der Aussteller einer Handschrift nach einer bestimmten Zeit mit der Ausflucht des nicht empfangenen Geldes gar nicht gehört werden soll. Genau betrachtet muß es aber einem Jeden einleuchten, daß die Gesetze in Fällen dieser Art nicht sowohl die Absicht haben, die förmliche Wahrheit einer gewissen Thatsache an sich zu bestimmen, — denn mit diesem Zwecke würde doch die Zulässigkeit probationis contrarii im Ganzen allerdings noch vereinbarlich bleiben — als vielmehr nur anzuordnen, daß jener Vorgang so weit er schon ausgemacht ist, auf jeden Fall die Folgen eines gewissen Verhältnisses

nisses nach sich ziehen soll, ohne auf die Einrede, daß das Geschehene oder Nichtgeschehene mit gedachtem Rechtsverhältnisse nicht in Verbindung stehe, irgend eine Rücksicht zu gestatten. Diese Anordnung der Gesetze läßt sich daher nicht füglich dem Begriffe einer Vermuthung unterordnen (1).

2 Die Gründe der Vermuthungen, sowohl der gemeinen, als auch der eigentlich sogenannten Rechtsvermuthung, können hergenommen werden, a) aus dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, wie ihn die Erfahrung darstellt. Man nimmt dies Gewöhnliche als Regel an, wenn es gleich nicht immer zutrifft, und man ist daher geneigt, was diese Regel mit sich bringt, in vorkommenden Fällen gleichfalls für wahr und richtig zu halten, wenn man sonst keine besondern Gründe für das Gegentheil wahrnimmt; b) aus den Wirkungen und Folgen, die die Natur der Dinge, der persönlichen Verhältnisse und Handlungen an sich zwar mit sich bringt und erwarten läßt, die aber doch nicht durchaus nothwendig damit verknüpft sind — denn sonst wäre völlige rechtliche Gewißheit, keine bloße Vermuthung weder juris, noch hominis vorhan-

den

(1) J. H. *Böhmer* de collis. praesumt. c. 1. §. 6. Exercit. ad Pandect. T. 4.

den (2) — sondern unter gewissen Umständen, oder vermöge besonderer Hindernisse auch davon entfernt seyn können. c) Die bloße Möglichkeit einer Sache gibt zwar an sich und allein noch keinen Grund, um etwas als wirklich zu vermuthen, wenn gleich das Gesetz zum Besten gewisser Personen, und um größere Nachtheile zu verhüten, bisweilen auch schon die Möglichkeit einer Thatsache als zureichenden Grund annehmen kann, um die Wirklichkeit derselben einstweilen zu vermuthen, z. B. in jenen Fällen, wo es zweifelhaft ist, ob Jemand als Vater eines Kindes anzusehen sey.

Seit

(2) L. 6. D. de his, qui sui vel alieni juris sunt (I. 6.) gibt unter andern hievon ein Beispiel: Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. Sed finganius abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum inveniisse in domo sua placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait, eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate intervenients, vel alia causa, vel si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit, hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.

Seit einiger Zeit herrscht in den Lehrbüchern der Begriff, wodurch von Tevenar die Sache auszudrücken suchte. „Vermuthungen sind Schlüsse, „die sich in Eigenschaften, in Verhältnissen, Wir„kungen und Folgen, die die Sachen gemeiniglich „haben, und in Umständen, die solche gemeiniglich „begleiten, auch daher wahrscheinlich sind, gründen,“ oder mit Brisson zu reden: Praesumtio est opinio vel conjectura ducta a lege sive judice ab eo quod επι το πλειστον accidere solet. Ganz erschöpft diese Erklärung die Sache nicht, da wir gesehen haben, daß nicht bloß das Gewöhnliche, wie es die Erfahrung ergibt, und Schlüsse aus der Natur der Sache, und aus dem Zweck der vorkommenden Geschäfte u. s. w. gewisse Vermuthungen erzeugen, sondern diese nach Vorschrift der Gesetze sich bisweilen bloß auf Möglichkeiten gründen, also nur durch einige obgleich seltene Fälle veranlaßt seyn können, und wobei wenigstens das, was gemeiniglich geschieht, sicher gar nicht zum Grunde liegt. Gerade dies letztere würde z. B bei Kindern, denen das Gesetz die Vermuthung der ehelichen Geburt zugesteht, häufig eine ganz entgegenstehende Wahrscheinlichkeit an die Hand geben. Jener Begriff läßt sich daher im Gegensatze nicht

umkehren — contrapositio simplex, wie es die Logik nennt — ist also zu enge.

Die Rechtsvermuthung, worauf es hier vorzüglich ankommt, ist in mehr als einem Betrachte von der gemeinen Vermuthung wesentlich verschieden, und gleichwohl gehen in der Anwendung durch die Vernachlässigung dieses Unterschiedes, und dadurch, daß Wirkungen, die nur der ersten eigen sind, auch der zweiten zugestanden werden, nicht selten große Mißbräuche vor. Aber auch in der Theorie des Rechts hat sich unter dem Ansehen der Gelehrten von Zeit zu Zeit eine ziemliche Anzahl ganz unrichtig, und ohne Gesetz behaupteter Rechtsvermuthungen eingeschlichen. Desto nöthiger ist es also, diese Sache einmal den Gesetzen selbst und ihrer wahren Beschaffenheit nach richtigen Begriffen wieder etwas näher zu bringen. Erstlich, Rechtsvermuthungen müssen durch ein positives Gesetz ausdrücklich sanctionirt, oder durch ein erweisliches Gewohnheitsrecht bestätigt seyn; jede andere Wahrscheinlichkeit, wie dringend sie auch seyn mag, ist immer nur praesumtio hominis.

Zweitens, die rechtliche Vermuthung entscheidet eine faktische Frage sogleich provisorisch,

und erfordert zu ihrer Anwendung nichts mehr, als die Richtigkeit einer bestimmten Thatsache, welche das Gesetz im Allgemeinen als zureichenden Grund für die Wahrheit eines andern Umstandes anerkannt hat. Dahingegen die gemeine Vermuthung immer erst von mehrern in concreto zusammen treffenden Umständen ausgehen muß, um dies oder jenes nach besondern individuellen Verhältnissen wahrscheinlich zu machen (3).

Drittens, die praesumtio juris beruhet nicht immer auf Gründen einer bestimmten Wahrscheinlichkeit, sondern bisweilen hat schon die Möglichkeit einer Sache die Gesetzgebung veranlaßt, eine Vermuthung dafür zu sanctioniren, um den Fällen, da Jemand unverdient in nachtheilige Verhältnisse gerathen könnte, zuvorzukommen, wie davon schon im Vorhergehenden ein Beispiel angeführt ist. — Praesumtio hominis kann natürlich hierauf gar nicht gegründet werden; sie ist ohne eigentliche Wahrscheinlichkeitsgründe gar nicht denkbar.

Viertens, über die Rechtsvermuthung und das Gewicht ihrer Gründe kommt dem Richter **im Allgemeinen** kein wirksames Urtheil zu. Sie erfordert

(3) *de Böhmer* Meditat, ad C. C. C. Art. 29. §. 1.

dert zu ihrer Anwendung nichts weiter, als daß die einfache Thatsache, welche das Gesetz voraussetzt, wirklich vorkommt. Wenn das Gesetz sagt: Kinder, die im siebenten Monath nach vollzogener, oder noch im zehnten Monath nach getrennter Ehe geboren sind, müssen als eheliche Kinder angenommen werden, so steht es natürlich dem Richter nicht frei, das Gegentheil als Grundsatz, oder als Regel überhaupt, geltend zu machen, wie sehr er auch, besonders was den ersten Punkt betrifft, für sich, und nach den Lehren der neuern Aerzte, von der physischen Unmöglichkeit dieser gesetzlichen Vermuthung überzeugt seyn mag. — Die gemeine Vermuthung hingegen ist beides sowohl in thesi, als auch in hypothesi, gänzlich der Beurtheilung des Richters überlassen.

Fünftens, die Rechtsvermuthung ist für die Wahrheit einer Thatsache schon provisorisch entscheidend, bis das Gegentheil zur Gewißheit gebracht wird; die gemeine Vermuthung hat diese Wirkung nicht, sondern kann nur als Beweisgrund mit angewandt werden. Jene befreit also vom Beweise, diese soll zur Führung desselben beitragen. Hieraus folgt, daß die gemeinen Vermuthungen bei der Abfassung des ersten Interlo-

cuts

cuts im ordentlichen Prozesse gar nicht in Betrachtung kommen, wie anscheinlich sie auch einem der streitenden Theile das Wort reden mögen, da sie als solche weder einen völligen Beweis ausmachen, noch vom Beweise befreien, folglich auf die Fragen: Was zu beweisen sey, und wer die Beweisführung übernehmen müsse? an sich gar keinen Einfluß haben. Erst dann, wenn zu entscheiden ist, ob ein gewisser Beweis von dem, der ihn beizubringen hat, geführt sey oder nicht, kann die gemeine Vermuthung dem, der sie für sich hat, einen günstigen Ausspruch bewirken. Natürlich aber hat der Richter gleich bei dem ersten Urtheile, welches jene Frage bestimmen soll, auf **Rechtsvermuthungen** zu achten, wenn sie dem einen oder dem andern Theile zu Statten kommen.

4 Bei dieser so erheblich verschiedenen Wirkung beider Arten der Vermuthungen leuchtet es wohl von selbst ein, daß jede Vermischung derselben desto sorgfältiger zu vermeiden sey. Nichts ist gewöhnlicher, als daß die Parteien den an sich richtigen oder oft nur eingebildeten Wahrscheinlichkeitsgründen, die sie für ihre faktischen Behauptungen anzubringen wissen, das Ansehen und die Kraft einer Rechtsvermuthung zu verschaffen suchen. Hat

der

der Richter nun für diese Fälle keine bestimmten Begriffe und Grundsätze in Ansehung der Leitung des gerichtlichen Verfahrens, so ist seine Täuschung unvermeidlich. Eines Theils wird er schon als Mensch nach seiner Empfindung geneigt seyn, die Absicht einer Partei, vermöge der Wahrscheinlichkeiten, die dafür streiten, zu begünstigen, und in eben dem Maße dem vermutheten Unrecht des andern Theils entgegen zu wirken, folglich auch diesen eher, als jene mit förmlichen Beweisen zu belästigen; andern Theils sind die Gesetze selbst hier bisweilen gewissen Mißdeutungen unterworfen, und drittens kann die Auctorität der Meinungen, besonders der sogenannten gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten auch hier für die Rechtspflege sehr nachtheilig werden, wenn die Gerichte es an der gehörigen Prüfung derselben nach Rechtsgründen ermangeln lassen.

5 Nicht jeder Wahrscheinlichkeitsgrund wird dadurch, daß die Gesetze seiner als solchen gedenken, schon zu einer Rechtsvermuthung erhoben. Soll diese Statt finden, so muß das Gesetz sie dispositive anordnen, und den Richter verpflichten, einen gewissen Thatumstand einstweilen als wahr gelten zu lassen, bis in gegebenen Fällen die völlige und

rechts-

rechtlich ausgemachte Gewißheit des Gegentheils an die Stelle des provisorisch im Gesetz bestätigten Satzes eintritt; z. B. die vorhin erwähnte Anordnung der Gesetze in Ansehung der in zweifelhaften Fällen anzunehmenden ehelichen Geburt — so auch die Vorschrift, daß von der Tilgung der Handschrift auf die Aufhebung der Schuld zu schließen (4), imgleichen wenn der Gläubiger die Schuldverschreibung an den Schuldner zurückgibt, die persönliche Forderung für aufgegeben zu achten (5), daß ein Abwesender, von dem es an Nachrichten fehlt, nach zurückgelegtem siebzigsten Jahre für todt zu halten sey, wie man wenigstens als allgemein anerkannte Regel anzunehmen pflegt — daß wenn Vater und Sohn in einer Gefahr umkom-

(4) L. 24. D. de probat. (XXII. 3.) Si chirographum cancellatum fuerit, licet praesumtione debitor liberatus esse videtur, in eam tamen quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur.

(5) L. 2 §. 1. D. *de pactis* (II. 14.) Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, *ne peterem*, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit. Glück's Pandekt. 4. Th. §. 290.

kommen, der mündige Sohn (pubes) den Vater, dieser aber den Unmündigen, überlebt habe u.s.w. (6).

Man muß aber von Rechtsvermuthungen wohl unterscheiden; a) wenn eigentlich nur eine gemeine Vermuthung oder ein gemeiner Verdacht als solcher in den Gesetzen gebilligt, oder näher bestimmt wird, wovon es bei den Entscheidungen einzelner Fälle des Römischen und Canonischen Rechts nicht an Beispielen fehlt (7). b) Wenn die Gesetze den

— ge-

(6) L. 9. §. ult. D. de reb. dub. (XXXIV. 5.) Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit: intelligitur supervixisse filius patri, et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus ejus defertur, nisi contrarium adprobetur. Quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse: nisi et hic contrarium adprobetur. — L. 22. 23. eod. L. 26. pr. D. de pact. dotal. (XXIII. 4.)

(7) L. 31. §. 21. D. de aedil. edicto (XXI. 1.) Qui mancipia vendunt, nationem cujusque in venditione pronunciare debent: plerumque enim natio servi aut provocat, aut deterret emtorem. Idcirco interest nostra scire nationem; praesumtum etenim est, quosdam servos bonos esse, quia natione sunt non infamata: quosdam malos videri, quia ea natione sunt, quae magis infamis est. Quod si de

na-

gewöhnlichen Lauf der Dinge, und was gemeiniglich als Ursache und Wirkung im Zusammenhange steht,

natione ita pronunciatum non erit, judicium emtori, omnibusque, ad quos ea res pertinebit, dabitur: per quod emtor redhibet mancipium. Nicht leicht wird wohl Jemand in den Vermuthungen, deren hier gedacht wird, eigentliche praesumtiones juris annehmen wollen. — *J. H. Boehmer* de collis. praesumt. cap. 1. §. 9. ist überhaupt hiebei weiter nachzusehen. — Das berühmte cap. 12. X. de praesumt. (II. 23.) bestimmt im Ganzen nichts weiter, als daß der Richter auch auf dringende Verdachtsgründe des Ehebruchs schon die Ehe trennen dürfe, und führt den Fall, da der klagende Theil Zeugen beigebracht hatte, firmiter asserentes, quod postquam mulier cum praedicto viro contraxerat matrimonium, consanguineum viri ejusdem solum cum sola, nudum cum nuda in eodem lecto jacentem, ea, ut credebant, intentione, ut eam cognosceret carnaliter, viderunt, multis locis secretis, et latebris ad hoc commodis et horis electis etc., nur als Beispiel an, — quod ex *hujusmodi* violenta et certa suspicione fornicationis potest sententia divortii promulgari. — Die Vorschrift geht überhaupt nur dahin: „Wer durch seine Schuld sich in einen solchen Verdacht bringt, gibt dem andern dadurch ein Recht, auf Trennung zu dringen.“ Der wirklich begangene Ehebruch wird aber darum noch nicht

als

steht, bloß historisch oder enunciative bei Gelegenheit gewisser Verfügungen anführen. Dies bindet den Richter als Gesetz gar nicht, wenn er dergleichen

als wahr angenommen, folglich kann hier auch von keiner eigentlichen Rechtsvermuthung die Rede seyn. Denn sonst würde der Richter auf den Grund derselben auch auf die übrigen Folgen des Ehebruchs erkennen können, wenn kein Beweis des Gegentheils geführt würde. Dies läßt sich aber doch weder in Ansehung der öffentlichen, noch der Privatstrafen, z. B. des einzubüßenden Brautschatzes mit Grunde behaupten, da beide den rechtlich ausgemachten Ehebruch voraussetzen. Schmidt Lehrb. v. gerichtl. Klagen u. s. w, § 329. edit. 5. etc. Gegen die verlangte Trennung der Ehe ist der Verklagte mit der Behauptung des nicht vorgegangenen Ehebruchs, wenn er sie auch beweisen könnte, nicht zu hören, da es dem Kläger nicht anzusinnen ist, mit einer Person, die sich schon soweit, als der angeführte Text voraussetzt, vergangen und verdächtig gemacht hat, ferner in Verbindung zu bleiben. Wohl aber muß es doch dem Verklagten freistehen, selbst unter den gedachten Umständen durch gegenseitigen Beweis, daß er ohne sein Verschulden, unwissend, oder wider seinen Willen in jene Verhältnisse gekommen sey, den Verdacht abzulehnen, den jene Thatsachen an sich sonst veranlassen, folglich läßt sich auch mit

This

chen Bemerkungen an sich falsch, und die Schlußfolge, die daraus auf den eben vorkommenden Fall gezogen wird, unrichtig befindet; und am allerwenigsten kann er sie mit der vollen Wirkung einer Rechtsvermuthung bei seinen Aussprüchen zum Grunde legen. Natürlich kann auch c) daraus, daß die Gesetze ausdrücklich über diese oder jene faktische Behauptung einen Beweis erfordern, noch nicht gefolgert werden, daß das Gegentheil des zu beweisenden Satzes darum schon rechtlich zu vermuthen sey. Jene Beweisauflage bringt nichts weiter mit sich, als daß der Beweissatz, wovon die Rede ist, **keine** rechtliche Vermuthung **für sich**, keinesweges aber, daß er darum auch schon eine dem Gegner zu Gute kommende Vermuthung **wider sich** habe. Ueber jeden dieser drei Punkte wird noch etwas zur nähern Erläuterung zu sagen seyn.

6 a) Haben die Gesetze einen gewissen Umstand nicht schon an sich und allgemein als Vermuthungsgrund für die Existenz eines andern anerkannt, sondern nur in Beziehung auf die ihn begleitenden Neben-

Thibaut Pand. R. §. 630., vermöge des angeführten Cap. 12. X. de praesumt. keine praesumtio juris et de jure behaupten.

benumstände und persönlichen Verhältnisse, von denen es erst abhängt, ob die Schlußfolge mit Sicherheit darauf gebauet werden kann, so ist das besonders ein sicheres Kennzeichen, daß die Gesetze ihn bloß als praesumtio hominis behandelt haben, wenn gleich in diesem Betrachte die Wahrscheinlichkeit durch das Zusammentreffen mehrerer Umstände und Verhältnisse so dringend seyn kann, daß sie nach Vorschrift des Gesetzes sogar die Stelle eines völligen Beweises vertreten dürfte (8).

Die

(8) Hieher gehört besonders die von Vielen angenommene Rechtsvermuthung, daß eine Schuldforderung wegen oft unterlassener Abrechnung derselben als aufgehoben anzunehmen sey. Man sehe unter andern *Leyser* medit. ad Pand. spec. 173. med. 5. et 6. und *Müller* ad eundem Tom. II. obs. 366. In der That aber findet sich hier nichts weiter, als praesumtio hominis, die von vielen besondern Umständen abhängt, und als solche kommt sie auch nur in L. 26. D. de probat. vor. Procula magnae quantitatis fideicommissum a fratre sibi debitum, post mortem ejus in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diverso autem allegaretur, nunquam id a fratre, quamdiu vixit, desideratum, cum variis ex causis, saepe in rationem fratris pecunias ratio Proculae solvisset: Divus Commodus, cum su-

per

Die Anzeigen eines Verbrechens, worauf die Peinliche Gerichtsordnung Carl V. den Richter hinweiset, sind nichts weniger als eigentliche Rechtsvermuthungen, sondern Anleitungen für den Richter, um seine Uebereilung zu verhüten, und wodurch ihm bloß zu erkennen gegeben wird, unter welchen Verhältnissen er diese Anzeigen als Verdachtsgründe gelten lassen könne. Also haben die Gesetze hier eigentlich nur praesumtionem hominis etwas näher zu bestimmen gesucht, und die Wirkung kann daher auch keine andere seyn, als sie es überhaupt bey Vermuthungen dieser Art nur ist, d. h. der Richter wird dadurch noch nicht berechtigt, noch weniger verpflichtet, vermöge dieser Wahrscheinlichkeit, wenn sie nicht durch entgegenstehende Gründe in concreto aufgehoben ist, schon eben das zu erkennen, was die in Gewißheit gesetzte Wirklichkeit der Sache mit sich bringen würde, wie dies in Fällen, wo praesumtio juris vorhanden ist, al-

ler-

per eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum. Daß die ganze Sache von manchen individuellen Verhältnissen abhänge, die der Richter erst genau zu beurtheilen hat, folglich geradezu von einer Rechtsvermuthung die Rede nicht seyn könne, erhellet hieraus von selbst.

terdings geschehen kann und muß, sondern die Sache muß noch erst völlig in rechtliche Gewißheit gebracht werden, wenn gleich die schon vorhandene Wahrscheinlichkeit — praesumtio hominis — diesen Beweis erleichtern, auch besondere Mittel zur Ergänzung desselben rechtfertigen kann.

b) Wenn das Gesetz sagt, daß Feuerschäden 7 gemeiniglich durch die Schuld der Bewohner des Hauses erstünden, so kann auch dies ebenfalls nicht als praesumtio juris angesehen werden (9). Denn sonst müßte jeder Richter geradezu schon den Inhaber oder die Bewohner des Hauses, in welchem Feuer ausgekommen ist, als Brandstifter verurtheilen dürfen, bis sie das wirkliche Gegentheil erwiesen. Dies ist aber wohl nicht die Absicht des Gesetzes. Es heißt darin: „Der praefectus vigilum

(9) L. 3. §. 1. D. de off. praef. vigil. (I. 15.) Cognoscit Praefectus vigilum de incendiariis, effractoribus, furibus, raptoribus, receptatoribus: nisi si qua tam atrox, tamque famosa persona sit, ut Praefecto Urbi remittatur. Et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium: aut fustibus castigat eos, qui negligentius ignem habuerunt, aut severa interlocutione comminatus, fustium castigationem remittit.

lum entscheidet über die Brandstifter u. s. w. Grobe und berüchtigte Verbrecher schickt er an den ordentlichen Criminalrichter. Meistens aber macht er die Sache selbst ab, weil die Feuerschäden gemeiniglich nur durch Verwahrlosung der Einwohner selbst geschehen — plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium" — die ganze Stelle enthält also bloß verba enunciativa, sie sagt historisch aus, was am häufigsten und in den mehresten Fällen vorzukommen pflegt, und was die Untersuchungen gewöhnlich ergeben. Es ist auch, wenn die Umstände sonst auf keine andere Ursache leiten, allerdings ein gewisser Verdacht der Verwahrlosung gegen die Bewohner des Hauses nicht ganz ungegründet. Aber mit keinem Worte sagt das Gesetz, daß der Richter dies in vorkommenden Fällen schon geradezu bis zum Beweise des Gegentheils für wahr halten, und wenn es an diesem Beweise fehlte, vermöge der Vermuthung eben so, als wenn alles völlig erwiesen wäre, erkennen sollte (10).

Hat man also bei den verschiedenen Anordnungen der Gesetze schon alle Vorsicht nöthig, um ge-

(10) Mehr hievon wird noch in dem folgenden Aufsatze IV. 4. bei Gelegenheit des Beweises der culpa vorkommen.

gegen Mißdeutungen derselben auf seiner Hüt zu seyn, so wird man noch mehr Ursache haben, gegen die Behauptungen der Rechtsgelehrten einiges Mißtrauen zu hegen, wenn sie irgend einen Satz als Rechtsvermuthung ankündigen. Unter dem Ansehen des **Menoch** hat sich vieles in die Reihe dieser Vermuthungen eingeschlichen, was doch höchstens in Verbindungen mehrerer Umstände nur praesumtio hominis seyn würde. **Menoch** und **Mascard** sind freilich jetzt nicht mehr als Drakel für die zweifelhaften Rechtsfälle im Gange, aber der Ton, den sie angegeben haben, ist darinn noch nicht ganz verschwunden; und ad modum Menochii macht vielleicht noch manche vermeinte Rechtsvermuthung ihr Glück, die eigentlich nicht durchgehen müßte.

c) Eine Hauptquelle der Unrichtigkeiten, welche nach und nach hier aufgekommen sind, ist in der Nichtbeobachtung des vorhin bemerkten dritten Punkts zu suchen. Wenn von zweien einander entgegengesetzten Dingen das eine als wahrscheinlich ausgesagt wird, so folgt natürlich, daß das andere nicht, oder doch weniger vermuthet wird. Aber daraus, daß es dem einen an Gründen der Wahrscheinlichkeit bloß fehlt, folgt noch nicht

gleich umgekehrt, daß das andere stärkere Vermuthungen für sich habe. Denn es können ja weder für das Eine, noch für das Andere Gründe zu irgend einem bestimmten Urtheile vorhanden seyn. Zu sagen: Es wird nicht vermuthet, daß Jemand diesen oder jenen Contrakt geschlossen habe, ist doch wohl nicht ganz identisch mit dem Satze: Es wird vermuthet, daß er ihn **nicht** geschlossen habe. **Jenes** setzt nur so viel voraus, und deutet nichts weiter an, als daß man **keine** Gründe habe, um die Schließung des Contrakts anzunehmen, **dieses** hingegen hat eigentlich den Sinn, daß wirklich Gründe **vorhanden** sind, um daraus zu folgern, daß der Handel nicht eingegangen sey. Dies letztere dürfte sich doch wohl nicht füglich schon im Allgemeinen als Rechtsvermuthung annehmen lassen (11).

9 Wenn nun die Gesetze eine gewisse Thatsache ohne Beweis nicht als wahr angenommen wissen wol-

(11) Daher ist der Vorstellung E. C. G. Schneiders vollständiger Lehre vom rechtl. Beweise, Gießen und Darmstadt 1803. §. 29., daß derjenige, welcher einen geschlossenen Vertrag leugne, die rechtliche Vermuthung für sich habe, nicht füglich beizupflichten.

wollen, und daher demjenigen, dessen Anträge von der Richtigkeit jener Thatsache abhängen, ihre rechtliche Bewahrheitung zur Pflicht machen, so folgt daraus noch nichts weiter, als daß der faktische Grund seines Antrags keine gesetzliche Vermuthung für sich habe; hingegen keineswegs läßt sich daraus schon abnehmen, daß eine Rechtsvermuthung wider ihn, mithin für das Gegentheil vorhanden sey. So evident dies alles nun auch ist, so sind die Rechtsgelehrten gleichwohl in äußerst vielen Fällen, wo die Gesetze nichts weiter verfügen, als daß derjenige, gegen den ein factum *agendo* oder *excipiendo* vorgebracht wird, und der solches bestreitet, vom Beweise frei seyn soll, auf die ganz unrichtige Vorstellung eigentlicher Rechtsvermuthungen gerathen, wovon unter andern die unter Böhmer vertheidigte Dissertation de collisione praesumtionum mehrere Beispiele enthält. — Vergleicht man zuvörderst die bekannten Sätze: Quilibet praesumitur bonus; omne praedium praesumitur liberum; quaelibet possessio praesumitur juste adquisita, die so oft und überall als vorzügliche Rechtsvermuthungen angekündigt werden, mit den Vorschriften der Gesetze selbst, so findet man in diesen nichts mehr, als was die Natur der Sache auch ohne alle gesetzliche Sanction mit sich bringt, daß

nämlich Jeder, dem Pflichtwidrigkeiten vorgeworfen werden, hierüber einen Beweis erwarten darf, da es ungerecht und vernunftwidrig seyn würde, ohne diesen Beweis dergleichen schon als wahr anzunehmen; daß ferner demjenigen, der die Eigenthumsrechte eines Andern einzuschränken, an Sachen, welche dieser hat, oder an dessen Person gewisse Rechte geltend zu machen sucht, die Beweise dieser Anmaßungen beibringen, widrigenfalls sich derselben im Wege Rechtens gänzlich enthalten muß. Alles dieses bedarf durchaus der gesetzlichen Sanction eigentlicher Rechtsvermuthungen gar nicht. Man sollte daher statt ihrer, und anderer ihnen ähnlicher Regeln, eigentlich nur umgekehrt sagen: Es wird **nicht** vermuthet, daß Jemand gesetzwidrig gehandelt habe, **nicht**, daß eine Sache mit Servituten belastet, **nicht**, daß ein vorhandener Besitz unrechtmäßig erworben sey. Hieraus würde die Verbindlichkeit zur Beweisführung sowohl in Ansehung des Objekts, als auch des Subjekts, eben so gut von selbst folgen, als man sie vermöge jener vermeinten Rechtsvermuthungen zu bestimmen sucht. Dabei aber würde die Sache offenbar richtiger ausgedrückt, was auch selbst in Ansehung der Folgen hier nicht gleichgültig ist. Hat nämlich ein Thatsatz einmal eine

Rechts-

Rechtsvermuthung für sich, so mag er zur Begründung einer Klage, oder zur Vertheidigung dagegen vorkommen, er muß in jedem Falle einstweilen zum Besten dessen, der sonst der Regel nach den Beweis zu führen hätte, als wahr angenommen werden, bis das Gegentheil erwiesen wird. So z. B. könnte daher ein Rechnungsführer, vermöge der berühmten Regel: Quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium, verlangen, daß man allen seinen Angaben auf sein Wort trauen, ein Schuldner, daß man die von ihm vorgeschützte Einrede der Bezahlung ohne Beweis einstweilen als wahr annehmen müsse, weil die rechtliche Vermuthung dafür sey, daß man pflichtmäßig verfahre, folglich nicht mit Unwahrheiten umgehe, Andern das Ihrige nicht vorenthalte, u. d. m. Hiemit würde wohl freilich nicht leicht Jemand in den Gerichten durchkommen; aber wenn doch einmal eine rechtliche Vermuthung als solche für das Pflichtmäßige angenommen wird, so wird man auch die rechtlichen Folgen derselben nicht verkennen dürfen, und es ist daher wenigstens eine billige Forderung an die Rechtstheorie, daß man uns Gründe angebe, um der Schwierigkeit, die sich hier zeigt, entgehen zu können. Schneider (12) glaubt,

(12) l. c. S. 429.

glaubt, daß mit Beibehaltung gedachter Rechtsvermuthung der anscheinende Widerspruch nicht anders, als dadurch aufzulösen sey, daß die Vermuthung für das Pflichtmäßige dem, der einen bejahenden Thatsatz für sich anführt, nicht zu Statten komme, sondern nur dem, der die ihm vorgeworfene Pflichtwidrigkeit verneine, weil in jenem Falle das Gegentheil der bestimmten Behauptung, wegen der Möglichkeit unendlich vieler anderer Handlungen eine größere Wahrscheinlichkeit für sich hätte, allein in diesem nur eine Möglichkeit gegen eine andere, also auf keiner Seite Wahrscheinlichkeit, und bei diesem absoluten Gleichgewichte es wohl erlaubt sey, die Idee von der moralischen Würde des Menschen einen Ausschlag geben zu lassen. — Allein mit einer Rechtsvermuthung, die man uns da, wo wir sie eigentlich als solche, wenn sie gegründet wäre, anzuwenden hätten, versagt, hingegen die man uns nur da gestatten will, wo wir zu unserm Zwecke gar keiner praesumtio juris bedürfen, mit einer solchen Rechtsvermuthung muß es doch eine ganz eigene Bewandniß haben. Die vermeinte Vermuthung für das Pflichtmäßige kann Niemanden vom Beweise befreien, der ihn sonst führen muß, wenn man auch die Regel: quilibet praesumitur bonus, ganz ausstreicht.

streicht. Sie bringt eigentlich nie die Last des Beweises auf den Gegner, da dieser in allen Fällen, wo ihn diese Last trifft, solche auch ohne Rücksicht auf jene Regel würde übernehmen müssen (13).

Eben

(13) Dies wird sich bei der Nachlese der Gesetzstellen, welche gemeiniglich für jenen Satz als eigentliche Rechtsvermuthung angeführt werden, cap. ult. x. *de praesumt.* (II. 23) L. 51. D. *pro socio* (XVII. 2) L. 18. §. 1. D. *de probat.* sehr bald warnehmen lassen. Die erste Stelle legt denen die Beweisführung auf, welche Jemanden die Zulässigkeit zu geistlichen Beneficien bestreiten, mithin auch das ordentliche Examen mit ihm nicht anstellen wollten; es heißt daher: eidem scholari probandi se idoneum nulla necessitas imponatur, *quum prima facie praesumatur idoneus*, nisi aliud in contrarium doceatur. Wollte man die Worte: quum prima facie praesumatur idoneus, so auslegen, daß alle Bedingungen des beneficii in der Person des Suchenden vermuthet würden, dieser also nichts zu beweisen hätte, so würde das zu offenbaren Widersprüchen führen, indem weder examina, noch Ahnenproben, noch so manche andere Anordnungen damit würden bestehen können. Die Worte lassen also keinen andern Sinn zu, als daß, bei sonst vorausgesetzter Zulässigkeit im Ganzen, das Daseyn bestimmter Hindernisse nicht vermuthet werde, sondern von dem, der dieses behaupten,

10 Eben so verhält es sich mit der gewöhnlich behaupteten Rechtsvermuthung für die rechtmäßige Erwerbung des Besitzes. Um in dem Besitze, worin sich Jemand befindet, geschützt zu werden, bis Andere ein besseres Recht ausführen, dazu bedarf es keiner Rechtsvermuthung. Wenn daher die Gesetze den Besitzer einer Sache, die von andern in Anspruch genommen wird, mit Beweisen der Rechtmäßigkeit seines Besitzes nicht belästigt, vielmehr ihn bei der freien Ausübung des Rechts, so lange als die Anmaßung des Gegners noch unerwiesen ist, gehandhabt wissen wollen, so ist das nicht sowohl

ten will, erwiesen werden müsse. — In der zweiten Stelle heißt es: Merito autem adjectum est., *ita demum furti actionem esse, si per fallaciam et dolo malo amovit*, quia quum sine dolo malo fecit, furti non tenetur; et *sane plerumque credendum est*, eum, qui partis dominus est, jure potius suo re uti, quam furti consilium inire. Die Absicht, eine Sache zu veruntreuen, ist nicht zu vermuthen, wenn der, welcher sich ihrer bedient hat, andere Gründe hievon für sich anführen kann. Dies ist alles, was sich eigentlich nur aus dieser Stelle herleiten läßt. — Die dritte sagt: Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet. Das bedarf nach Anleitung des bereits Gesagten keiner weitern Erklärung.

wohl die Folge einer für ihn geordneten Rechtsvermuthung, als vielmehr die natürliche, und von keinem vernünftigen Gesetzgeber zu verkennende Folge des allgemeinen, und überall als Regel in Rechtsstreitigkeiten geltenden Grundsatzes, daß Niemand den Ansprüchen und Forderungen Anderer zu weichen oder nachzugeben schuldig erkannt werden könne, bis diese rechtlich begründet, und so weit sie auf Thatsachen beruhen, gehörig bewahrheitet worden sind. Sonst würde man überall Rechtsvermuthungen für jeden Verklagten annehmen müssen. —

Nach einer Verordnung **Constantins** (14) sollte sogar der Besitzer, obgleich er zuvörderst

(14) L. 1. C. Theod. de fide test. et instrument. (XI. 39.) Etsi veteris juris definitio et retro principum rescripta in judicio petitori ejus rei quam petit necessitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et justitia moti, ut si quando talis emerserit causa, in primordio juxta *regulam juris* petitor debeat probare, *unde res ad ipsum pertineat*: sed si deficiat pars ejus in probationibus, tunc demum possessori necessitas imponatur probandi, *unde possideat, vel quo jure teneat*. *Jac. Gothofred* sucht in seinem Commentar über dieses Gesetz IV. 333. die Verordnung nach gewissen besondern Fällen, wor-

auf

derst den Beweis des Klägers abwarten durfte, dennoch in der Folge, wenn der Kläger seinen Beweis nicht auszuführen vermöchte, den rechtlichen Erwerb der Sache darthun. Diese freilich etwas sonderbare Verordnung ist in Justinians Gesetzsammlung nicht mit übergegangen, die aber doch in einer andern Vorschrift es als rechtlich anerkennt, daß der Besitzer die nähere Angabe und Beibringung des Erwerbes, wodurch die Sache auf ihn gekommen sey, nicht ablehnen dürfe, wenn bereits einiger Verdacht der ungebührlichen Anmaßung fremden Guts gegen ihn vorhanden ist, oder auch sonst besondere Gründe für den Gegner eintreten (15).

Ueberhaupt leidet die Regel, daß der Besitzer nicht schuldig sey, den Rechtsgrund anzugeben, noch weniger darzuthun, woher er die Sache habe, bekanntlich manche Einschränkungen, welche theils die Billigkeit, zur gehörigen Bestimmung der gegen

auf sie sich bezogen hätte, zu rechtfertigen, was aber freilich der Ausdruck nicht zu erkennen gibt.

(15) L. 5. C. de furtis (VI. 2.) Civile est quod adversarius tuus exigit: ut rei quam apud te fuisse fateris, exhibeas venditorem; nam a transeunte et ignoto de emisse, dicere non convenit, volenti evitare alienam bono viro suspicionem.

gen ihn anzustellenden Klage (16), theils die Beschaffenheit der Anmaßung in Beziehung auf deren rechtliche Möglichkeit mit sich bringt (17). Um die Publicianische Klage gegen einen andern, obgleich dieser ohne allen zureichenden Rechtsgrund sich der Sache anmaßt, mit Erfolg anzustellen, genügt

(16) L. 11. C. de petit. hered. (III. 31.) Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est; praeter eum scilicet, qui dicere cogitur, utrum pro possessore, an pro herede possideat.

(17) Z. B. Wenn von Hoheitsrechten die Rede ist. — In Privatsachen kann L. 16. C. de probat. (IV. 19.) zur nähern Erläuterung dienen: Sive possidetis praedia, quae a patre communi sibi fratres emancipati donata contendentes vindicant, ipsis incumbit facti probationis necessitas; sive ipsis ea praedia quasi a patre vestro sibi donata tenentibus vos coheredes constituti patris petitis ut intentionem vestram non constitisse detegant, unde domini facti sunt, emergente quaestione docere compelluntur. Nach den Voraussetzungen dieser Constitution schützt also der bloße Besitz der Sachen, von denen so viel ausgemacht war, daß sie ursprünglich zum väterlichen Vermögen gehört hatten, die emancipirten Kinder noch nicht; um sie von dem Beweise des rechtlichen Erwerbes zu befreien,

nügt der gehabte Besitz, als solcher, nicht, und die vermeinte Rechtsvermuthung wird nicht geachtet, sondern der Kläger muß zeigen, daß er mittelst gehörigen Rechtstitels die Sache an sich gebracht habe ([18]). Man sieht aus diesem Allen deutlich genug, wie wenig es mit der berühmten Vermuthung für den Besitzer auf sich habe ([19]).

Hat ein Vormund Gelder des Pupillen Zinsenlos stehen lassen, so kommt es darauf an, ob er sichere Gelegenheit, die Gelder unterzubringen, versäumt habe. Anstatt nun zu behaupten, es werde vermuthet, daß der Vormund **keine** solche Gelegenheit gehabt habe ([20]), wäre es doch wohl unstreitig richtiger, wenn man sagte, es lasse sich in zweifelhaften Fällen **nicht** vermuthen, daß dergleichen vorhanden gewesen, und vom Vormunde außer Acht gelassen sey. Gesetze für jene Vermuthung

([18]) L. 3. §. 1. D. *de publ. in rem act.* (VI. 2.) Qui *justam causam* traditionis habet, utitur Publiciana. add. L. 13. ibid.

([19]) F. C. von Savigny Recht des Besitzes. §. 3. n. 4.

([20]) *J. A. Hellfeld* jurisprud. forens. §. 1334.

thung gibt es nicht (21), und Gründe, um den Mangel einer Veranlassung zum sichern Unterbringen des Geldes im Allgemeinen als wahrscheinlich anzunehmen, eben so wenig.

Wenn gesagt wird, daß der Richter in zweifelhaften Fällen eher für den Verklagten, als gegen ihn zu entscheiden habe, so ist das freilich im Ganzen und der Regel nach richtig. Aber muß dies der Richter etwa darum, weil allemal zu vermuthen ist, daß der Verklagte Recht und der Kläger Unrecht habe? das möchte ich doch nicht behaupten. Vielmehr dürfte, wenn es doch einmal dar-

(21) L. 13. §. 1. D. *de administrat. et peric. tutor.* (XXVI. 7.) Non est audiendus tutor, quum dicat, ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, *si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse.* Durch das Letztere ist die Thatsache, welche nicht vermuthet wird, und daher gegen den Vormund erwiesen werden muß, daß er nämlich vortheilhafte Gelegenheiten für den Pupillen nicht benutzt habe, außer Zweifel gesetzt. Für die übrigen Fälle nun, wo dies nicht so ausgemacht ist, wird der Vormund von den Rechtsgelehrten durch das beliebte Argument a contrario mit einer Rechtsvermuthung bedient, deren es doch eigentlich zu seinem Zweck gar nicht bedürfte.

darauf ankäme, zu bestimmen, was zu vermuthen sey, eher angenommen werden können, daß Jemand sich gerechten Ansprüchen widersetze, als daß er ungerechte Forderungen mache, da das Klagen doch mehr als das Antworten auf Ansprüche Anderer von unserer Willkühr abhängt. Was den Verklagten zu seinem Vortheile vom Kläger unterscheidet, ist keinesweges als besondere Begünstigung der Gesetze anzusehen, denn warum sollten diese eine Partei mehr, als die andere in Schutz nehmen? — sondern es folgt schon von selbst aus der Natur der Sache, daß Niemand Ansprüchen und Forderungen Anderer eher nachgeben dürfe, als bis diese gehörig begründet worden sind (22).

Schneider hat in seiner Schrift vom Beweise §. 25 — 37. eine Menge rechtlicher Vermuthungen angenommen, die sich als solche durch bestimmte Vorschriften der Gesetze nicht bestätigen, und statt deren es durchgängig aus vorhin angeführten Gründen richtiger seyn würde, es umgekehrt bei der verneinenden Form bewenden zu lassen.

Der

(22) Schmidt Lehrb. v. gerichtl. Klagen u. s. w. §. 21. u. das. angef. DD. besonders C. G. *Winkler* impugna-

Der Beweis des Gegentheils, den die Rechts- 11
vermuthung allemal zuläßt, kann nie die Unrichtigkeit derselben in thesi, sondern immer nur das Unzutreffende der gesetzlichen Voraussetzung in hypothesi d. i. die Wirklichkeit der entgegenstehenden Thatsache betreffen. Durch das Erstere würde man sich über das Gesetz hinwegsetzen, welches weder Richtern, noch Parteien freisteht. Indem aber die Gesetze hier überhaupt den Beweis des Gegentheils freilassen, haben sie diesen auch nicht mehr eingeschränkt, als in andern Fällen, sondern dem Beweisführer natürlich jedes Mittel, und jede rechtliche Anordnung freigestellt, wodurch sonst Thatsachen vor Gericht in Gewißheit gesetzt werden. Es würde daher in Fällen, wo die Gesetze eine gewisse Absicht bei einer Handlung, einen gewissen Sinn zweifelhafter Ausdrücke vermuthet haben wollen, sehr ungerecht seyn, wenn man den Beweis des Gegentheils nur auf ausdrückliche Erklärung einer andern Absicht, oder eines andern Sinnes einschränken, und den Folgerungen, welche die besondern Umstände und der nähere Zusammenhang der Sache darbieten, nicht eben die Beweis-

pugnatio studii partium hinc inde in foro male recepti; Opuscul. min. II. 1. 9.

weiskraft zugestehen wollte, die ihnen sonst bei Erklärung des zweifelhaften Sinnes einer Verfügung nicht zu versagen ist. Diese besondern Umstände und Eigenheiten des vorkommenden Falls können allerdings das Gegentheil der gesetzlichen Vermuthung deutlich ergeben, wenigstens so viel bewirken, daß der Richter auf die eidliche Bewahrheitung desselben erkennen kann (23). Mit einem Worte: die gemeine Vermuthung muß in thesi freilich der praesumtio juris nachstehen; aber sie kann doch in hypothesi beim Beweise des Gegentheils allerdings mit in Betrachtung kommen, wenn sich besondere Umstände ergeben, die das im Allgemeinen bei der Sanction der Rechtsvermuthung zum Grunde gelegte Verhältniß so verändert darstellen, daß in dem vorkommenden Falle die Folge des Gegentheils dadurch unterstützt wird. Wenn das Gesetz aus der Einwilligung des Gläubigers in die weitere Verpfändung der Sache als rechtliche Vermuthung den Schluß erlaubt, daß jener sich seines Pfandrechts begeben habe (24), so ist damit noch

(23) *J. H. Böhmer* de collis. praesumt. Cap. 2. §. 13.

(24) L. 12. pr. D. *Quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* (XX. 6.) Paulus respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, quum debitor

noch nicht verordnet, daß der Richter nur in Fällen eines ausdrücklichen Vorbehalts das Gegentheil annehmen, und sonst auf Umstände, welche dies als wahrscheinliche Absicht der Parteien darstellen, mithin eine gemeine Vermuthung dafür an die Hand geben, gar nicht achten solle (25). Nur das darf er sich nicht erlauben, daß er geradezu als Regel den Satz umkehren und auch da, wo dergleichen besondere Verhältnisse nicht beigebracht worden, dennoch bei dem facto an sich betrachtet, das Gegentheil vermöge seiner Beurtheilung als wahrscheinlich annehmen und geltend machen, oder dies doch auf solche Umstände und Verhältnisse gründen wollte, die das gesetzlich Vorausgesetzte nicht ändern, unter der Vorschrift also mit begriffen sind, und die also, wenn darauf Rücksicht zu nehmen wäre, die ganze Anordnung des Gesetzes, als eandem rem tertio creditori obligaret, *jus suum pignoris remisisse videri.* *Cocceji* jur. controv. tit. cit qu. 8.

(25) Vielmehr heißt es in L. 12. §. 4. D. *Qui por. in pign.* — Erit autem *facti quaestio* agitanda, quid inter eos actum sit: utrum ut *discedatur* ab hypotheca *in totum*, quum prior concessit creditor alii obligari hypothecam, an ut ordo servetur, et prior creditor secundo loco constituatur.

als allgemeine Rechtsvermuthung betrachtet, wieder umwerfen würden. Strube ([26]) erzählt folgenden Rechtsfall: „Christoph Möllers Ehefrau kam im siebenten Monathe mit einem Kinde nieder, welches so vollständig war, daß man nach der Bademutter Zeugniß, viele Kinder von neun Monathen findet, welche nicht so stark sind. Die Mutter gestand auch, daß nicht ihr Ehemann, sondern Conrad Brauns, dessen Vater sey, und dieser stellte in keine Abrede, mit der Möllerin vor ihrer Heirath sich fleischlich vermischt zu haben. Er wollte jedoch behaupten, das Kind könne sowohl von Möllern als von ihm gezeugt seyn. Jener forderte von diesem dessen Alimentationskosten, und das Amt Lauenstein erkannte am 11ten November 1772: daß, wenn gleich Verklagter den mit des Klägers Ehefrau vor ihrer Verheirathung gepflogenen Beischlaf abzuleugnen nicht vermag, dennoch das von ihr zur Welt gebrachte Kind, weil solches nach der vom Verklagten geschehenen und vom Kläger nicht abgeleugneten Angabe, nach der in den Gesetzen angenommenen Zeit, nämlich von des Klägers und dessen Ehefrauen gehaltenen Verlobung,

([26]) Rechtl. Bed. V. 86. vergl. auch *Müller* ad *Leyser*. Tom. I. observ. 80.

bung, und der zugleich geschehenen fleischlichen Vermischung anzurechnen, geboren worden, solchem auch das Geständniß der Mutter zu keinem Präjudiz gereichen kann, Einwendens ohngehindert, pro legitimo zu achten, und Verklagter daher von der angestelleten Alimentationsklage lediglich zu entbinden sey." Die Justizkanzlei, an welche Möller appellirte, änderte diese Entscheidung ab, und erkannte den Verklagten schuldig, das Kind zu ernähren, weil die erfahrendsten Aerzte behaupteten, daß ein schon im siebenten Monathe nach Vollziehung der Ehe gebornes vollständiges Kind nicht ehelich seyn könne. — Allein hierauf kann nach der bestimmten Vorschrift L. 12. D. *de statu hominum* (27) nicht geachtet werden, dessen nicht zu gedenken, daß es äußerst schwankend und ungewiß sey, zu bestimmen, ob das Kind dergleichen vollständige Leibesbeschaffenheit habe. Die Aussagen der Hebammen und der Aerzte, wie sie häufig vorkommen, kann man in diesem, für die Rechte des Kindes so wichtigen Punkt, nicht als

(27) Septimo mense nasci *perfectum* partum jam receptum est, propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis, et ideo credendum est, eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.

hinreichend annehmen, um darauf die Entscheidung zu gründen, da die Sache einmal gesetzlich bestimmt ist (28). Zwar kamen in dem erwähnten Falle auch noch die Geständnisse der Mutter, und des Verklagten hinzu. Allein bekannten Rechten nach sind diese zum Nachtheil eines Dritten, also hier des Kindes, nicht wirksam (29). Der Beweis des Ge-

(28) *Leyser* medit. ad Pandect. XV. 2. (Hymmen.) Beiträge zur juriſt. Litterat. in d. Preuß. Staaten. III. 34. Klein Annalen der Gesetzgeb. VII. 107.

(29) Argum. L. 11. §. 9. D. ad Leg. Jul. de adulter. (XLVIII. 5.) Nam non utique crimen adulterii quod mulieri objicitur, infanti praejudicat, quum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse. L. 29. §. 1. D. de probat. Mulier gravida repudiata filium enixa absente marito, ut spurium in actis professa est. Quaesitum est, an is in potestate patris sit, et matre intestata mortua jussu ejus hereditatem matris adire possit, nec obsit professio a matre irata facta? Respondit, veritati locum superfore. — Auch hier ist das Argument a contrario, welches H. G. *Bauer* responsor. I. 43. 181. aus den Worten *a matre irata* hernimmt, sehr trügend. Die Sache ist hierauf keineswegs einzuschränken. Das Geständniß der Mutter, sie mag es im Zorne, oder bei ruhigem Gemüthe abgelegt

has

Gegentheils, den L. 12. D. de statu hominum zu-
läßt, muß auf den nicht Statt gefundenen ehelichen
Umgang der beiden Eheleute gerichtet werden (30).
Diesem allen zur Folge war in erster Instanz un-
streitig richtiger erkannt worden.

Noch ist überhaupt einiges über die Collision 12
der Vermuthungen zu sagen übrig.

Bei der Menge von Rechtsvermuthungen,
welche nach und nach theils ganz willkührlich, theils
aus unrichtiger Deutung der Gesetze angenommen
wurden, konnte es wohl an Fällen, wo solche auf
bei-

haben, kann dem Kinde hier nie zum Nachtheile ge-
reichen. Der Zustand, dessen das Gesetz besonders
erwähnt, gibt freilich für den vorkommenden Fall
noch einen besondern Grund mehr an die Hand;
damit ist aber nicht gesagt, daß nicht auch in andern
Verhältnissen eben das Rechtens seyn solle, worauf
man überhaupt im Gebrauche des erwähnten Argu-
ments bei der Erklärung des Römischen Rechts um
so mehr zu achten hat, je häufiger in den Entschei-
dungen der Pandekten und des Codex gerade nur
der Gesichtspunkt besonders ausgezeichnet wird, wel-
cher für den eben zur Frage stehenden Fall die Stelle
aller übrigen Entscheidungsgründe vertreten kann.

(30) L. 6. D. de his qui sui vel al. jur. sunt. S. Nos-

beiden Seiten dem Richter in den Weg traten, nicht fehlen, und die mit Präsumtionen aller Art überfüllte Rechtstheorie hatte daher auf der andern Seite bei der Frage: Wem die Beweisführung aufzulegen sey? auch für diese Collisionsfälle zu sorgen (31).

Nach richtigen Begriffen sollte indeß doch von einer Collision hier nur dann die Rede seyn, wenn beide streitende Theile gegenseitig Vermuthungen für sich hätten, die nicht neben einander bestehen könnten, indem daher eine der andern weichen oder auch beide ihre Wirkung verlieren müßten.

Wird die Sache hiernach gehörig geprüft, so dürfte es kaum der Mühe werth seyn, besondere Grundsätze darüber festzusetzen, da die ganze Lehre genau betrachtet in ihren Voraussetzungen eigentlich keine Realität hat. J. H Böhmer geht zuvörderst auf die Veranlassung der einander entgegenstehenden Präsumtionen zurück, findet solche theils in den Ausnahmen von einer allgemeinen gesetzlichen Anordnung, theils in den verschiedenen Graden der Wahrscheinlichkeit, theils in der Mannigfal-

(31) J. H. Böhmer cit. Diss. de collisione praesumtionum. Exercit. ad Pand. Tom. IV.

nigfaltigkeit der faktischen Umstände, und gibt darauf 1) als allgemeine Regel für alle Collisionsfälle den Grundsatz an: „die schwächere Vermuthung muß der stärkern weichen.“ Zur nähern Bestimmung dieses gegenseitigen Verhältnisses aber werden nach den verschiedenen Gründen, woraus die Collision entsteht, noch die Regeln hinzugefügt, daß 2) die allgemeinere Vermuthung der besondern nachstehen, 3) unter mehrern speciellen Rechtsvermuthungen aber die dringendere (violenta) den minder dringenden, so wie 4) unter mehrern gemeinen Vermuthungen die wahrscheinlichere nach Beurtheilung des Richters den übrigen vorgehe. Die Beispiele, womit alles dieses erläutert wird, zeigen aber deutlich genug, wie man eigentlich mit der ganzen Lehre daran sey. Denn in der That ist, was besonders die Rechtsvermuthungen anbetrifft, welche die erwähnte Schrift zahlreich anführt, auch kein einziger wahrer unächter Collisionsfall darin anzutreffen. Alles geht darauf hinaus, daß es auch hier Ausnahmen von allgemeinen Regeln gibt, und daß Vermuthungen, welche für einen gewissen Satz eintreten, so lange keine besondere Umstände das Gegentheil mit sich bringen, natürlich wegfallen müssen, sobald dergleichen besondere Umstände, und mit ihnen entgegengesetzte Präsum-

sumtionen vorkommen. Weder das Eine noch das Andere kann aber dem eigentlichen Begriff einer Collision untergeordnet werden. Noch weniger aber kann von dieser die Rede seyn, wenn sogar die Rechtssätze, die man hier zur Erläuterung aufgeführt findet, wo nicht auf beiden, doch wenigstens auf einer Seite gar nicht zu den Rechtsvermuthungen gehören. Das auffallendste Beispiel hievon ist wohl unstreitig, daß es unter andern zu den Collisionsfällen gerechnet wird, wenn ein Theil sich auf den Grundsatz: mutatio testamenti non praesumitur beruft, der andere aber dagegen beibringt, daß das von Jemand gemachte Testament zerschnitten, folglich daraus die Willensänderung des Testators zu vermuthen sey (32). Jenes sagt ja nur aus, was an sich, wie jedes factum, **nicht** vermuthet werde, dieses hingegen bringt eine bestimmte Vermuthung für etwas bei. Wo ist also hier eine Collision zweier entgegenstehenden Vermuthungen auch nur denkbar. Wenn ferner die berühmten Grundsätze: quilibet praesumitur bonus; semel malus semper malus in eodem delicti genere etc., imgleichen die Vermuthungen für die Freiheit, und für den Besitz, mit den vielen Abwei-

(32) Böhmer c. l. cap. 2. §. 11.

weichungen, welche davon Statt finden, verglichen und eben so viele Collisionsfälle der Vermuthungen daraus hergenommen werden, so beziehe ich mich auf das, was im Vorhergehenden gegen alle diese vermeinten Rechtsvermuthungen bereits erinnert worden ist; und finde nicht nöthig, darüber noch weiter etwas hinzuzufügen.

Unter mehrern Rechtsvermuthungen, so weit sich diese wirklich behaupten lassen, dürfte nicht leicht der Fall einer wahren Collision anzutreffen seyn. Daß aber die gemeine Präsumtion in thesi der rechtlichen weichen müsse, wenn sie gleich in hypothesi zum Beweise des Gegentheils mitwirken kann, ist schon oben vorgekommen. Da übrigens bei diesen gemeinen Vermuthungen alles der Beurtheilung des Richters überlassen ist, so versteht es sich von selbst, daß für die Fälle, da beide streitende Theile sich gegenseitig auf Wahrscheinlichkeiten zu berufen wissen, keine andere Regel anzugeben sey, als daß der Richter den Umständen nach zu prüfen habe, was eigentlich als das Wahrscheinlichere anzunehmen, und diesem gemäß zu erkennen sey.

VI.

Wer muß beweisen?

I.

Angabe einer allgemeinen Regel, und deren Begründung überhaupt.

Die bisherigen Aufsätze haben sich mit der Frage: Was vor Gericht zu beweisen sey? beschäfftigt. Ist nun eine streitige Thatsache nach der Behauptung der einen oder der andern Partei in rechtliche Gewißheit zu setzen, so entsteht eine andere nicht minder wichtige, und in manchen Fällen nicht weniger schwierige Frage: Wer von beiden Theilen die Last des Beweises übernehmen müsse? Wenn die Rechtsgelehrten hierüber im Allgemeinen sehr uneinig sind, so können die Controversen in einzelnen Rechtsmaterien noch weniger befremden.

I Nach einer genauen und sorgfältigen Prüfung der Sache von allen Seiten, welche dabei in Erwägung kommen, wird sich folgender Grundsatz hier als Regel überhaupt behaupten lassen: **Wer ein Recht oder eine Befreiung von Rechten oder Anmaßungen Anderer ganz oder zum**

Theil

Theil mit Erfolg vor Gericht geltend zu machen sucht, ist schuldig, die noch ungewissen Thatsachen, deren Wahrheit das Recht oder die Befreiung als nothwendig voraussetzt, zu beweisen. — Diese Regel ist nach allgemeinen Rechtsgründen so einleuchtend wahr, in so manchen Vorschriften unserer Gesetze bestätigt, und als Regel betrachtet für die angekündigte Frage so erschöpfend, daß sie in jedem Rechtsstreite entscheiden muß, wenn nicht besondere gesetzliche Vorschriften für bestimmte Fälle eine Ausnahme mit sich bringen. Nicht füglich dürfte irgend ein anderer Grundsatz den Forderungen, welche die Rechtstheorie hier zu erfüllen hat, besser und mehr genügen.

Wenn die Regel nicht allein denen die Verbindlichkeit zur Beweisführung auflegt, welche Rechte, sondern auch denen, die eine Befreiung geltend zu machen suchen, so kann und soll dies Letztere hier eigentlich nur von solchen Anträgen gesagt seyn, wodurch Jemand den im Allgemeinen oder nach gewissen Verhältnissen, schon begründeten Rechten eines Andern, oder doch auf den Fall, daß sie sich begründen ließen, besondere Ursachen ihrer Aufhebung, Unwirksamkeit, oder Einschrän-

schränkung entgegensetzt. Das bloße Bestreiten fremder Anmaßungen durch **Ableugnung ihres faktischen Grundes** ist also mit keinem von Beiden zu vermischen. Wer den Behauptungen seines Gegners bloß widerspricht, sucht durch diesen Widerspruch zunächst und an sich betrachtet nicht sowohl Rechte oder Befreiungen im eigentlichen Sinne des Ausdrucks für sich zu begründen, als vielmehr nur die Anmaßung des Gegners abzulehnen. Er setzt den Grund dieser Anmaßung, in sofern er faktisch, und sonst noch nicht ausgemacht ist, in Ungewißheit, welche zu heben, nicht ihm, sondern dem obliegt, dessen Anträge von der rechtlichen Gewißheit bestimmter Thatsachen abhängen.

Einer weitern **Worterklärung** bedarf die angeführte Regel nicht, da das Uebrige keiner Mißdeutung des Ausdrucks unterworfen ist.

Ueberhaupt versteht es sich wohl von selbst, daß ein Jeder, dem es darum zu thun ist, unter dem Schutze der richterlichen Gewalt im Staate etwas zu erlangen, den Gerichten Wahrheiten vorbringen, folglich, wenn diese noch nicht ausgemacht sind, den Beweis übernehmen müsse. Und wenn unsere Gesetze, wie ein Jeder weiß, dem Kläger, den Beweis eines faktischen Klagegrundes, und dem

dem Verklagten den Beweis seiner Einreden zur Pflicht machen ([1a]), was ist das anders, als die unverkennbarste Bestätigung unserer Regel. Mehr ist also im Allgemeinen zu ihrer Begründung hier zu sagen nicht nöthig. Daß sie auch sonst noch in einer Menge gesetzlicher Entscheidungen immer anerkannt sey, wird die Folge weiter zeigen. Aber eine nähere **Erläuterung** ihrer einzelnen Bestimmungen ist allerdings noch erforderlich, um eine vollständige Theorie daraus herzuleiten. Dieser genauern Entwickelung der Sache lassen wir jedoch erst eine Prüfung anderer Grundsätze vorangehen, welche mehr und weniger in den Schriften der Rechtsgelehrten vorkommen, zum Theil auf einer unrichtigen Auslegung der Gesetze beruhen, und zum Theil noch sonst einige Berichtigung erfordern dürften, wenn sie als eigentliche Regeln für die Frage, worauf es hier ankommt, gelten sollen.

2.

Vergleichung einiger andern Grundsätze.

Fast in jedem Lehrbuche des bürgerlichen Rechts überhaupt, und der Prozeßtheorie besonders, 3

([1a]) L. 19. pr. D. *de probat.* In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsum-

ders, so wie auch in einzelnen Abhandlungen kommt die Beantwortung der Frage: wer den Beweis zu führen habe? in veränderter Form vor. Die ältern Rechtsgelehrten waren weniger bemühet, die Sache auf **einen** Hauptgrundsatz zurückzubringen, sie gaben gewöhnlich mehrere Regeln neben einander an, und suchten durch deren nähere Bestimmung, mit hinzugefügten Limitationen und Ausnahmen, das Ganze zu erschöpfen, wie man es in den größern Werken *Mascardi* und *Paciani* auch deren Vorgängern und Nachfolgern antrifft. Vorzüglich waren es die beiden Sätze: Der Kläger muß beweisen, nicht der Verklagte, und: dem Bejahenden, nicht aber dem Verneinenden liegt der Beweis ob; denen man jedoch bisweilen noch andere Regeln beifügte, in deren Verbindung man die Sache am besten und vollständigsten darzustellen glaubte ([1b]).

An

ipsumque exceptionem, velut intentionem implere, ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet, pactum conventum factum esse.

([1b]) *Joseph. Mascard.* de probationibus Vol. I. quaest. 17. *Fulvius* Pacianus Tractat. Cui incumbat onus probandi Lib. I. c. 6.

An Einwürfen gegen die Richtigkeit bald dieser bald jener Regel fehlte es aber auch nicht, und die Frage: Wer beweisen müsse? ward nach und nach eine der streitigsten in der Rechtstheorie (1c). Die neuern Rechtsgelehrten nähern sich zwar größten Theils in der Sache selbst dem Grundsatze, welchen wir oben vorgetragen haben, und weichen unter sich meistens nur in der Fassung des Ausdrucks von einander ab. Indeß scheint es doch, daß man gewisse Hauptpunkte dabei nicht gehörig beachtet habe. Es wird daher nicht undienlich seyn, diese neuern Vorstellungen hier gleich anzuschließen, und zur bequemern Uebersicht und Vergleichung einige der vorzüglichsten Schriften hierüber wörtlich anzuführen. Danächst aber wird auch noch von einigen ältern Grundsätzen, die ebenfalls noch jetzt ihre Vertheidiger finden, etwas ausführlich zu reden seyn.

Von

(1c) Dies zeigen die Commentare und Lehrbücher des Civilrechts und der Prozeßtheorie hinlänglich. Vergl. *Cocceji* jure controv. tit. de probat. Joh. Just. Schierschmid allgemeine Regel, wer von den streitenden Parteien bei einem Rechtshandel den Beweis zu übernehmen. Erlangen 1754. 4.

Von Tevenar (2) sagt: „Derjenige, welcher behauptet, daß sich eine Naturbegebenheit zugetragen habe, die Rechte zuwege bringt — eine einseitige Handlung vorgenommen — ein Vertrag geschlossen worden — eine Gewohnheit, die Streitigkeit entscheide — eine Person oder Sache sich in einem ungewöhnlichen Verhältnisse, oder Verbindung befinde, muß diese Sätze, wenn er daraus Rechte oder Verbindlichkeiten herleiten will, erweisen; es sey denn, daß das Vorgeben ganz oder zum Theil von einem solchen Grade der Wahrscheinlichkeit unterstützt wird, den die Gesetze, bis das Gegentheil erwiesen worden, für Wahrheit annehmen; oder der Satz zu den unerweislichen Sätzen (3) gehöret. Ich glaube nicht, daß eine zuverlässigere allgemeine Regel, wer den Beweis übernehmen müsse, als die jetzt vorgetragen worden, gegeben werden könne. — Nach Martin (4) liegt die Beweislast stets demjenigen streitenden

(2) Theorie der Bew. im Civilproz. S. 26.

(3) d. h. nach S. 16. ibid. die auf ausgemachten Wahrheiten beruhen, davon die Wahrheit offenbar zu Tage liegt, und daher vermuthet wird, wohin z. B. Rechtsvermuthungen gehören.

(4) Lehrb. des Deutsch. gem. bürgerl. Proz.

tenden Theile ob, welcher eine solche Thatsache als Grund seiner Ansprüche oder Vertheidigung behauptet, deren Beweis zu verlangen ist. Von Mezger (5) bestimmt die Sache so: „onus probandi igitur illi incumbit, qui allegat factum decisioni causae inserviens, ex quo jus sibi competere intendit, quod haud notorium, sed dubium et controversum est. Ille vero ab hoc onere est immunis, qui non nititur facto dubio et controverso, sed notorio, aut ex confessione liquido, aut tali pro quo facit praesumtio qualificata, vel fortior debiliorem vincens, ex legis dispositione vel ipsa rei natura derivanda. Quoad reliqua perinde est, sive actor sive reus illud allegaverit, sive sit factum negativum sive affirmativum, sive probatio sit facilis sive difficilis.“ — Grolmann (6) stellt die Sache in dieser Form vor: „Es kann nicht bezweifelt werden, daß Thatsachen und Begebenheiten, deren Existenz nicht nothwendige Folge einer unumstößlichen Wahrheit ist, Eigenschaften einer Sache

(5) Diss. de onere probandi et causis quae litigantem ab eo immunem reddunt Altd. Noric. 1800. §. 5.

(6) Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 80., womit jedoch Schneider vom Beweise S. 414. zu vergleichen ist.

che und Verhältnisse, welche nicht aus der natürlichen Beschaffenheit desjenigen fließen, in Ansehung dessen sie behauptet werden, nur dann als wahr und richtig betrachtet werden können, wenn Gründe angeführt werden, aus welchen ohne Zwang die Ueberzeugung von dieser Wahrheit und Richtigkeit hervorgeht. Es wird daher als durchaus erschöpfende Regel betrachtet werden können, daß die Verbindlichkeit, zu beweisen, demjenigen obliege, der sein anzuerkennendes Recht, sey es nun ausschließend oder zum Theil, auf die Existenz solcher Begebenheiten, Eigenschaften und Verhältnisse gründet." — Gönner (7) erklärt sich dahin: „Wer immer ein Recht in Anspruch nimmt, welches nur unter Voraussetzung eines faktischen Umstandes vom Richter anerkannt werden kann, der muß alle nachtheiligen Folgen tragen, wenn die Bedingungen, unter welchen allein sein Recht realisirt werden kann, nicht erfüllt werden. Widerspricht also ein streitender Theil demjenigen, was sein Gegner an Thatumständen vorbrachte, so muß dieser dem Richter Gründe vorlegen, nach welchen er den Umstand, von dessen Wahrheit sein Recht abhängt, für wahr annehmen kann, das heißt, er muß beweisen.

Will

(7) Handb. des Proz. II. 308.

Will man nur das faktische Vorbringen eines streitenden Theils Behauptung (affirmatio, assertio) nennen, so steht die Regel aufrecht, daß jeder Theil seine **Behauptungen**, von welchen die Anerkennung seines Rechts abhängt, beweisen müsse; nur machen diejenigen Gründe der Wahrscheinlichkeit, welche die Gesetze zur Interimswahrheit erhoben haben — praesumtiones — hiervon eine Ausnahme." — **Pfeiffer** (8) sagt: „Wer sich auf den Erwerb eines Rechts gründet, muß diesen beweisen, so wie hingegen dem, welcher die Unwirksamkeit eines erworbenen Rechts behauptet, auch davon der Beweis obliegt. — Eine von der bisherigen etwas mehr abweichende Regel gibt **Specht** (9) in folgenden Ausdrücken: Asserenti contra praesumtionem incumbit probatio; womit im Ganzen auch **Schneiders** Theorie (10) übereinstimmt, da sie durchgängig darauf hindeutet, die Verbindlichkeit zur Beweisführung eines Sa-

(8) Vermischte Aufsätze über Gegenstände des Deutsch. und Röm. Privatrechts. Marburg 1803. III. 3.

(9) Diss. de insufficientia regulae: affirmanti incumbit probatio, deque alia in ejus locum substituendi. Hal. 1787.

(10) Vom rechtl. Beweise. §. 23.

kes allemal als Folge einer für das Gegentheil Statt findenden Vermuthung darzustellen; und nur darin ihr Eigenthümliches hat, daß sie diesen Punkt durch die bejahenden und verneinenden Thatsätze näher zu bestimmen sucht. Was das Letztere betrifft, so wird davon in dem folgenden Aufsatze näher zu reden seyn. Daß aber die Verbindlichkeit, zu beweisen, nicht immer eine Vermuthung für das Gegentheil voraussetze, daß vielmehr z. B. die Schließung eines Contrakts bewiesen werden müsse, weil sie nicht vermuthet wird, keinesweges aber, weil die Nichtschließung desselben vermuthet wird, ist im Vorhergehenden (V. 8. u. f. w.) schon deutlich gezeigt worden.

4 Genau betrachtet sind aber auch die übrigen Vorstellungsarten, wenn es darauf ankommt, eine ganz allgemeine Regel für die Verbindlichkeit zur Beweisführung zu bestimmen, hauptsächlich in folgenden Rücksichten nicht ganz zutreffend. In sofern 1) in einigen derselben bloß von **Rechten**, worauf Jemand einen Anspruch macht, 2) bloß von dem, was eine Partei für sich **behauptet**, die Rede ist, und 3) die nähere Bestimmung, welche der Zweck des Vorbringens an die Hand gibt, dabei außer Acht gelassen wird.

1) Unstreitig muß auch der die Beweisführung übernehmen, welcher nicht sowohl Rechte verfolgt, als vielmehr den Rechten Anderer eine gewisse **Befreiung** entgegensetzt. **Martin** redet zwar auch von dem, der eine Thatsache als Grund seiner **Vertheidigung** behauptet. Allein dieser Ausdruck würde zu weit führen, und auch dem, der bloß **leugnet**, den Beweis aufbürden. Denn auch dieser behauptet allerdings für sich eine Thatsache, indem er das Gegentheil von dem aussagt, was ein anderer vorgebracht hat. 2) Nur darauf kommt es an, ob das Recht oder die Befreiung, welche gerichtlich verfolgt wird, sich auf gewisse Thatsachen gründet, nicht ob Jemand gerade diese Thatsache wirklich für sich angeführt hat. Die sogenannte exceptio non impleti contractus bringt den Beweis auf den Kläger, wenn er gleich der seiner Seits geschehenen Erfüllung des Contrakts gar nicht erwähnt hat. Mehr davon wird in der Folge bei der nähern Erläuterung unserer Regel vorkommen.

3) Die Parteien können vieles in rechtlicher Beziehung gegen einander vorbringen, aber die Verbindlichkeit, das Vorgebrachte in facto durch förmlichen Beweis zu bewahrheiten, kann nur denjenigen

jenigen treffen, der gerade jetzt, da ihm der Beweis auferlegt werden soll, das Recht oder die Befreiung wirklich schon geltend machen will. Die Gegenbehauptungen, wodurch der Verklagte den Anspruch des Klägers, oder wodurch dieser die Einreden des Erstern abzulehnen sucht, sind, ob sie gleich Thatsachen betreffen, und vom Gegner bestritten werden, darum doch nicht sogleich zu beweisen, da sie häufig nur auf den Fall vorgeschützt werden, wenn der Gegner erst seiner Seits eine gewisse Anmaßung in facto gehörig begründet haben würde, folglich kann auch erst dann, wenn diese Bedingung in Erfüllung getreten ist, von dem rechtlich nothwendigen Beweise solcher Gegenbehauptungen die Rede seyn. Auch dieses wird sich freilich weiterhin noch deutlicher zeigen. Hier wird das Gesagte schon hinreichen, um es zweckmäßig zu finden, dem allgemeinen Grundsatze diejenige Bestimmtheit zu geben, wovon im Ganzen auch Pfeiffer noch etwas vermissen läßt, ob gleich sonst der von ihm angegebene Grundsatz mehr als die Vorstellungen Anderer den bisherigen Erinnerungen zuvorkommt.

5 Wie schwer, oder wie leicht die Beweisführung sey, darauf kann bei der Frage, wovon hier die

die Rede ist, nichts ankommen. Die Gerichte handeln sehr unrecht, wenn sie in vorkommenden Fällen die Last des Beweises Jemanden bloß darum auflegen, weil er ihn im Ganzen wohl eher, als der Gegner zu führen im Stande seyn dürfte. Dies kann nach Verschiedenheit der Umstände leicht trügen; und eigentlich wird doch der streitende Theil, der jene Last übernehmen soll, in einen mißlichern Zustand wegen des obwaltenden Rechtsstreits gesetzt, als er es seyn würde, wenn er den Beweis des Gegners nur erwarten dürfte. Die Frage: Wer beweisen müsse? ist unstreitig nur nach Rechtsgründen zu bestimmen, und wenn diese die Beweisführung auflegen, der muß sie auch übernehmen, oder sich gefallen lassen, daß in Ansehung des streitigen Punkts gegen ihn erkannt werde. Es ist durchaus seine Sorge, ob das Thema, worauf es ankommt, überhaupt oder gar nicht, ob es leicht oder schwer, auszuführen sey. Es gibt keinen zureichenden Grund, um dem andern Theile eine Last im Prozesse aufzubürden, weil der Gegner, dem sie eigentlich zukommt, ihr nicht genügen kann. Und doch kommt in der bekannten Controverse über den Beweis einer bloßen Verneinung das Argument sehr häufig vor, daß dieser Beweis nicht möglich, oder wenigstens die entge-

gen-

genstehende Bejahung weit leichter darzuthun sey. Auch der Verlust der Beweismittel, besonders der Urkunden, kann Niemanden vom Beweise befreien, wenn ihm dieser sonst den Rechten nach obliegt (11); es wäre denn, daß jener Verlust selbst von dem Gegner verschuldet seyn sollte; wogegen die Gesetze bekanntlich mit Gestattung des Eides in litem zu Hülfe kommen (12 a).

6 Man hat auch den Grundsatz angenommen: der Kläger muß beweisen, Actori incumbit probatio. Dies ist auch eine der ältesten Regeln, und noch in den neuesten Schriften des Civilrechts wird sie

(11) L. 23. C. *de probat.* Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit. L. 5. C. *de fide instrum.* (IV. 21.) Sicut iniquum est, instrumentis vi ignis consumtis, debitores quantitatum debitarum renuere solutionem, ita non statim casum conquerentibus facile credendum est; intelligere itaque debetis, non existentibus instrumentis vel aliis argumentis, probare debere fidem precibus vestris adesse. L. 13. *ibid.* Apud eos, qui rem gestam ignoraverunt, amissorum instrumentorum habita testatio nihil ad probationem veritatis prodesse potest.

(12a) Davon in der Folge VI. 46. mit Mehrern.

sie als das einzige Hauptprinzip vorgetragen. Thibaut ([12b]) bestimmt indeß die Sache dahin: „dem Theile ist der Beweis aufzulegen, welcher, ohne von rechtlichen Vermuthungen unterstützt zu seyn, die Stelle eines Klägers vertritt, er gründe sich nun auf eine bejahende oder verneinende Behauptung, also dem Kläger in Rücksicht des Grundes der Klage, dem Verklagten in Rücksicht des Grundes der Exceptionen.“ Freilich kann der Satz nur in dieser nähern Bestimmung verstanden werden, wenn er nicht, als allgemeine Regel betrachtet, an sich schon ganz falsch seyn soll, und am Ende haben auch die Vertheidiger jener Regel immer in dem Satze: reus excipiendo fit actor, einen erheblichen Grund gegen die sonst leicht zu machenden Einwürfe gefunden. Dennoch aber dürfte über die Sache selbst hier noch einiges zu sagen seyn.

Das gegenseitige Verhältniß der streitenden Theile macht hier an sich gar keinen Unterschied, und gibt keinen zureichenden Grund an die Hand, um die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Allgemeinen darnach zu bestimmen. Beide, Kläger und Verklagter, können Rechte anbringen, und Befreiungen geltend machen wollen. Jener mittelst

([12b]) System des Pand. R. I. 631.

telst angestellter Klage und im Vortrage der Replik, dieser durch Einreden und Dupliken. Wenn hingegen der Verklagte die Thatsachen, worauf der Klagevortrag oder die Replik sich gründet, der Kläger hingegen den faktischen Grund der Einreden oder der Duplik als unwahr **ableugnet**, so sind beide in dem Falle bloßer Bestreitungen. Im Allegemeinen betrachtet ist also weder der Kläger noch der Verklagte schon als solcher zum Beweise verpflichtet; sondern jeder streitende Theil muß den Grund dessen, was er gegen den andern geltend zu machen sucht, also der Kläger den Klagegrund, so wie auch die Replik, der Verklagte den Grund der Einreden, und der Duplik, so weit er faktisch ist, und bestritten wird, rechtlich darthun ([13]); keiner hingegen ist schuldig, wenn er es nicht freiwillig übernimmt, oder wenn ihm nicht Rechtsvermuthungen entgegenstehen, das Gegentheil dessen, was er bloß ableugnet, zu beweisen. Von der rechtlichen Nothwendigkeit des Beweises kann aber nur dann die Rede seyn, wenn die Entscheidung des

([13]) L. 1. C. *de probat.* Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam adfirmat, ejus rei probationem praestare debet — add. L. 19. D. *eod.*

des Richters von der Führung oder Nichtführung dieses Beweises abhängt, und die Anträge einer Partei nur vermöge der von ihr zu beweisenden Thatsachen Statt finden können. In diesem Betrachte ist nun freilich das Verhältniß des Klägers und des Verklagten sehr verschieden. Auf den Grund der Klage und dessen Richtigkeit kommt es bei der Entscheidung der Sache immer an. Der Kläger kann nicht erwarten, daß der Richter für ihn erkenne, wenn jener Grund nicht in Gewißheit gesetzt ist. Er muß also den Beweis des bestrittenen Klagegrundes führen, wenn er nicht sachfällig werden will. Jede Klage setzt einen rechtlichen Anspruch, den der Kläger für sich oder zum Besten Anderer an den Verklagten zu machen hat, und worin der Berechtigte gestört wird, voraus. Das wirkliche Daseyn dieses Rechts in concreto, und die Beeinträchtigungen desselben, worüber geklagt wird, ist Thatsache, mithin eine Klage nicht ohne alles Faktum denkbar, gesetzt auch, daß das Recht oder die Verbindlichkeit an sich zu den unmittelbaren ex lege gehörte. Der Kläger ist daher als angreifender Theil, der etwas gegen den andern geltend machen will, allemal verbunden, seinen Vortrag, so weit er faktisch ist, in rechtliche Gewißheit zu setzen, sobald der Verklagte ihn in

Ab-

Abrede ziehet, und wenn er auch bei der Verfolgung seines Anspruchs Rechtsvermuthungen für sich hat, so muß er doch wenigstens die Thatsachen beibringen, worauf sich diese Vermuthungen gründen. Ganz ohne allen Beweis kann er daher, wenn der Verklagte ihm nicht alles zugesteht, nicht durchkommen, er mag übrigens diesen Beweis kurz oder weitläufig, ganz förmlich oder mittelst einer bloßen Bescheinigung zu führen haben.

Dagegen verhält sich nun die Sache bei dem Verklagten ganz anders. Dieser kann seine Absicht erreichen, und ein günstiges Urtheil des Richters bewirken bloß darum, weil der Kläger nichts beweiset, wenn auch gar keine Einreden vorgeschützt, oder die vorgeschützten nicht bewiesen werden. Von dem Beweise, daß man von einem bestimmten Rechte befreit, daß dieses nach besondern Gründen eingeschränkt, oder aufgehoben sey, kann, als nothwendig betrachtet, nicht eher die Rede seyn, als bis das Recht oder die Verbindlichkeit, wogegen die Befreiung behauptet wird, gehörig begründet worden ist (14). Ob nun gleich der Kläger sich

(14) L. 9. C. *de except.* (VIII. 36.) Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nul-

la

sich in sofern in gleichem Verhältnisse befindet, daß auch er den faktischen Grund der Replik im eigentlichen Verstande (15) nicht eher als nach seiner Seits zugestandenen, oder vom Verklagten bewiesenen Einreden darzuthun hat, und daß es noch weniger dem Kläger obliegt, wenn seine Klage an sich sonst schon begründet ist, das Gegentheil von

la tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo, exceptione te munitum asseveras, te hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas: habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit. L. 19. C. *de probat.* (IV. 19.) Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverat, quod adseverat, oportet. L. fin. C. *ad Leg. Cornel. de falsf.* (IX. 22.) verb. incumbat probatio fidei instrumenti ei *primitus* qui scripturam obtulerit: deinde ei, qui stricta instantia falsum arguere paratus sit. Einreden, die als Prozeßverhindernd vorgeschützt werden, machen freilich hievon eine Ausnahme, da sie, in sofern ihr Beweis überhaupt dem Verklagten obliegt, zu jenem Zweck sogleich liquid seyn müssen, und der Verklagte es nicht einmal zum Beweise des Klagegrundes kommen lassen will.

(15) Höpfner Comment. d. Institut. §. 1202.

von dem zu beweisen, was zur Ausführung der Einreden des Verklagten gehört (16), wenn jener nicht freiwillig solchen Beweis des Gegentheils übernehmen will (17), so kann es doch, wie ein Jeder leicht sieht, sehr leicht seyn, daß der Verklagte in einem Rechtshandel durchaus von allem Beweise frei bleibt, wie ungewiß und bestritten auch immerhin die Thatsachen seyn mögen, die er für sich anführt, und daß gleichwohl die Sache gegen den Kläger entschieden werden muß, wenn dieser den Grund der Klage, den er immer, so weit er streitig ist, bewahrheiten muß, unerwiesen läßt. In diesem Betrachte kann man nun wohl sagen:

dem

(16) L. 11. D. *de probat.* Non est necesse pupillo probare, fidejussores quum accipiebantur idoneos non fuisse, nam probatio exigenda est ab his, quorum officii fuit providere ut pupillo caveretur.

(17) L. 14. D. *de probat.* verb. Si quis autem fiducia ingenuitatis suae ultro in se suscipiat probationes, ad hoc ut sententiam ferat pro ingenuitate facientem, (hoc est ingenuum se esse ut pronuncietur,) an obtemperari ei debeat, tractari potest? Et non ab re esse opinor, morem ei geri probandi se ingenuum, et sententiam secundum se dandam, quum nulla captio intercedat juris.

dem Kläger liegt der Regel nach der Beweis ob, nicht dem Verklagten — actoris est probare, non rei — und nur in der bisher angeführten Beziehung sind die Gesetze zu erklären, welche von diesem Grundsatze ausgehen (18), und sogar das gegenseitige Verhältniß der Parteien — petitoris et possessoris sive rei partes — dadurch vorzüglich unterscheiden, daß dem Kläger ordentlicher Weise die Last des Beweises obliegt, der Verklagte hingegen als

(18) L. 21. D. *de probat.* Verius esse existimo ipsum qui agit, id est legatarium probare oportere, sciisse alienam rem, vel obligatam legare defunctum; non heredem probare oportere, ignorasse alienam vel obligatam. *Quia semper necessitas probandi incumbit* illi qui agit. L. 8. C. eod. (IV. 19.) Frustra veremini, ne ab eo qui lite pulsatur, probatio exigatur. L. un. C. de *prohibita sequestr. pecun.* (IV. 4.). Quotiens ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat. Oportet enim debitorem primo convinci, et sic deinde ad solutionem pulsari. Quam rem non tantum juris ratio, sed et ipsa aequitas persuadet, ut probationes secum adferat, debitoremque convincat pecuniam petiturus vergl. L. un. C. Theod. ibid. (II. 28.) ibique *Jac. Gothofred.* in comment. I. 250. etc.

als ſolcher davon frei zu achten ſey (19). Nicht, als ob der Kläger nur allein, der Verklagte aber nie beweiſen müßte, welches ja in keine Wege zu be-

(19) L. 62. D. *de judiciis* (V. 1.) Inter litigantes non aliter lis expediri poteſt, quam ſi alter petitor; alter poſſeſſor ſit: eſſe enim debet, qui onera petitoris ſuſtineat, et qui commodo poſſeſſoris fungatur. L. 8. §. 3. D. *ſi ſervit. vindicet.* (VIII 5.) Sed ſi quaeritur, quis poſſeſſoris, quis petitoris partes ſuſtineat, ſciendum eſt, poſſeſſoris partes ſuſtinere, ſi quidem tigna immiſſa ſint, eum, qui ſervitutem ſibi deberi ait: ſi vero non ſunt immiſſa, eum, qui negat. — L. 14. D. *de probat.* Circa eum, qui ſe ex libertinitate ingenuum dicat, referendum eſt, quis actoris partibus fungatur? Et, ſi quidem in poſſeſſione libertinitatis fuit ſine dubio ipſum oportebit ingenuitatis cauſam agere, docereque ſe ingenuum eſſe: Sin vero in poſſeſſione ingenuitatis ſit, et libertinus eſſe dicatur (ſcilicet ejus, qui ei controverſiam movet), hoc probare debet qui eum dicit libertum ſuum: Quid enim intereſt, ſervum ſuum quis, an libertum contendat? — L. 7. §. 5. D. *de liberali cauſ.* (XL. 12.). Si quis ex ſervitute in libertatem proclamat, petitoris partes ſuſtinet: ſi vero ex libertate in ſervitutem petatur, is partes actoris ſuſtinet, qui ſervum ſuum dicit. Igitur cum de hoc incertum eſt: ut poſſit judi-

behaupten ist, oder weil überhaupt in der Eigenschaft des Klägers der Grund liege, wonach das Subjekt des Beweises durchgehends zu bestimmen sey, welches eben so unrichtig seyn würde, sondern weil der rechtliche Grund, welcher überhaupt die Ver-

judicium ordinem accipere hoc ante apud eum, qui de libertate cognoturus est, disceptatur: utrum ex libertate in servitutem, aut contra, agatur? Et si forte apparuerit, eum, qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse: is, qui se dominum dicit, actoris partes sustinebit, et necesse habebit servum suum probare. Quod si pronunciatum fuerit, eo tempore, quo lis praeparabatur, in libertate eum non fuisse, aut dolo malo fuisse: ipse, qui de sua libertate litigat, debet se liberum probare. — L. 15. fin. D. *de novi oper. nunciat.* (XXXIX. 1.) Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut jure suo probare necesse haberet: id enim esse, petitoris partes sustinere. Der Verklagte wird in Anspruch genommen, weil er dem Kläger etwas vorenthält, sich etwas anmaßt, was dieser ihm nicht zugesteht. Dies Alles wird im allgemeinen Verstande durch possessor angedeutet, und man hat es keineswegs mit von Savigny Recht des Besitzes §. 8 pag. 73. auf Realklagen, und das liberale judicium einzuschränken:

Verbindlichkeit zur Beweisführung, so wie die Person des Verpflichteten festsetzt, auf den Kläger, als solchen, d. i. als angreifenden Theil, schon geradezu und der Regel nach immer anwendlich ist, auf den Verklagten an sich, und als Verklagter betrachtet, aber nicht, sondern dann erst, wenn er gegen ein bereits gegründetes Recht facta zu seiner Befreiung, um diese dagegen geltend zu machen, vorbringt. Kurz, wenn man überhaupt erst weiß, und nach Rechtsgründen bestimmt hat, wer beweisen müsse, so ist es der Kläger, auf den dies sogleich dadurch, daß er als solcher auftritt, geradezu anwendlich ist, und bei dem es auch im gewissen Verstande nach dem, was vorhin bemerkt worden ist, immer zutrifft. Im Allgemeinen aber bleibt es bei der Regel, daß jede Partei das Fundament ihrer Anträge, wodurch sie Rechte oder Befreiungen und Ausnahmen von erweislichen Rechten Anderer geltend zu machen sucht, auch rechtlich beweisen müsse, sie sey übrigens Kläger oder Verklagter.

7 Diese Regel hat auch das Römische Gesetzbuch an mehr als einer Stelle bestätiget, indem es in einer Reihe einzelner Entscheidungen denen die Last des Beweises auflegt, welche 1) aus dem Daseyn, oder Nichtdaseyn eines gewissen Zustandes, nament-

namentlich der Verwandtschaft, Ansprüche oder besondere Befreiungen herleiten ([20]). 2) Kindern, die von der väterlichen Gewalt frei seyn

([20]) L. 1. D. de *probat.* Quotiens quaeretur, genus vel gentem quis haberet, necne, eum probare oportet. vergl. L. 13. C. *ibid.* (IV. 19.) Non epistolis necessitudo consanguinitatis; sed Natalibus vel adoptionis solennitate conjungitur: Nec adversus absentem hereditatis dividendae gratia velut contra fratrem pro ancilla petitus arbiter, substantiam perimit veritatis. Sive itaque quasi ad sororem, quam ancillam te posse probare confidis, epistolam emisisti, sive familiae erciscundae, quasi pro coherede petitus arbiter doceatur, fraternitatis quaestio per haec tolli non potuit — L. 14 *ibid.* Non nudis adseverationibus nec mentita professione (licet utrique consentiant) sed matrimonio legitimo concepti, vel adoptione solenni filii civili jure patri constituuntur. Si itaque hunc, contra quem supplicas, alienum esse (probare) confidis: per te, vel per procuratorem adfirmationem ejus fallam dtege — Das letztere Gesetz legt dem Kläger den Beweis auf, weil er sein fundamentum agendi darin setzt, daß der Kläger nicht sein Sohn sey. Die vorhergehende Stelle fordert eben so den Beweis der Verwandtschaft von dem, der sich darin gründet.

wollen ([21]), 3) nach Verschiedenheit des Besitzstandes bald denen, die sich auf freie Geburt berufen, bald denen, welche Jemanden als Sklaven oder Freigelassenen in Anspruch nehmen ([22]); 4) denen, welche den persönlichen Zustand eines Menschen, gegen ihre bisherige Anerkennung wieder

([21]) L. 8. D. *de probat.* Si filius in potestate patris si esse neget, Praetor cognoscit, ut prior doceat filius: quia et pro pietate, quam patri debet (praestare), hoc statuendum est; et quia se liberum esse quodammodo contendit: Ideo enim et qui ad libertatem proclamat, prior docere jubetur.

([22]) cit. L. 8. D. *de probat.* L. 14. D. *ibid.* L. 7. §. fin. *de lib. causa.* vid. Note 19. L. 20. D. *de probat.* Si quis liberum hominem vi rapuerit, in vinculis habuerit, is indignissime commodum possessoris consequeretur: quia probari non poterit, hominem eo tempore, quo primum lis ordinaretur, in libertate fuisse. L. 15. C. *ibid.* (IV. 19). Vis ejus qui se dominum contendit, ad imponendum onus probandi servo minime prodest. Cum igitur aufugisse te de domo Severi profitearis, verum nec ab illo justo initio: sed per violentiam adseveras te esse detentum, inquisito prius, an in possessione libertatis sine dolo malo constitutus sis, tunc etiam onus probationis quis debeat subire, per hujusmodi eventum declarabitur. L. 17. C. *ibid.* Matrem

tuam

der anfechten wollen (23); 5) dem Erben, welcher im Streite mit den Legatarien behauptet, daß er den Falcidischen Antheil nicht übrig habe (24); 6) dem,

der

tuam libertatem consecutam, ac te post editam, ut ingenua probari possis, ostendi convenit. Quod enim fratribus tuis nulla moveatur quaestio, ad defensionem tuam nihil prodesse potest.

(23) L. 15. D. *de probat.* Quidam, quasi ex Seja susceptus a Gajo scio, cum Gajus fratres haberet, hereditatem Gaji invasit: et fratribus ejusdem, quasi ex mandatu defuncti, fideicommissa solvit, cautionem accepit, qui postea cognito, quod filius fratris eorum non fuisset, quaerebant, an cum eo de hereditate fratris possint, propter emissam manum ab eis, quasi filio agere? Modestinus respondit, cautione exsoluti fideicommissi statum ejus, qui probari potest a fratribus defuncti filius (mortui) non esse, minime confirmatum esse: sed hoc ipsum a fratribus probari debet. — Den Brüdern defuncti stand zwar nicht ganz entgegen, daß sie den Gegner einmal als Brudersſohn anerkannt hätten. Cautione exsoluti fideicommissi, statum juris confirmatum non esse. Aber da sie nun doch als Kläger gegen ihn auftraten, mußten sie den Beweis übernehmen. Beiläufig schon ein Beispiel probationis negativae, deren sich mehrere anfinden.

(24) L. 17. D. de probat. Cum de Lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est, locum habere Le-

gem

der irgend einen Andern eines doli beschuldigt (25); 7) dem Kläger, der die rechtlichen Folgen einer interrogationis in jure factae für sich geltend machen will (26); 8) dem, der Entschuldigungsursachen wegen Verabsäumung seiner Pflichten anführt (27); 9) dem, der gegen eine gültige Verfügung

gem Falcidiam, quod dum probare non potest, merito condemnabitur. Denn er sucht hiedurch zum Theil eine Befreiung geltend zu machen.

(25) L. 18. §. 1. D. *eod.* Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet.

(26) cit. L. 18. § 2. *ibid.* Interrogationis factae probationem actori imponi debere, id est, ei qui in jure interrogatum dixit respondisse, se solum heredem esse, vel si tacuisse dicatur interrogatus, aeque tantumdem erit dicendum, impositam improbationem, non ei, qui excepit se non respondisse, sed actori.

(27) L. 19. §. 1. D. *ibid.* Cum quis promisisset, judicio se sisti, et Rei publicae causa abfuisse dicat, et ob id non stetisse, vel dolo malo adversarii factum, quo minus sisteretur, vel valetudinem sibi impedimento fuisse, vel tempestatem; probare eum id oportet. — §. 2. ibid. Sed et si procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuisset adversario dare, vel fieri procuratorem: probare id oportet objicientem exceptionem.

fügung behauptet, daß deren Urheber seinen Willen geändert habe ([28]); 10) dem, der eine Zahlung indebite geleistet haben will ([29]); 11) überhaupt dem, der einen Besitzer wegen der Sachen, die er sich zueignet, in Anspruch nehmen will ([30]);

12)

([28]) L. 22. D. *ibid.* Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.

([29]) L. 25. pr. D. *ibid.* verb. eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum: et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.

([30]) L. 2. C. *eod.* Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more judiciorum persequere: non enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere: cum te in probatione cessante dominium apud eum remaneat. L. 18. C. *ibid.* Cum precibus tuis significes, ignorante te praedium eum, cujus meministi, sibi velut a te donatum instrumentis inferi fecisse: si vera sunt, (quae) precibus indidisti, nec ad nomen factae donationes fundus iste pervenit: unde adito judice competenti, probare te oportet contra voluntatem tuam hunc fundum instrumento adversarium tuum sibi adscribi laborasse: ut secundum tenorem rescripti nostri possis consequi sententiam. Vergl. jedoch L. 16. *ibid.* vid. den vorigen Aufsatz Note 17.

12) dem, der ein Testament als ungültig, oder den darin eingesetzten Erben als unfähig entfernen, und sich daher die gesetzliche Erbfolge zueignen (31), so auch 13) dem, der die Gültigkeit einer Emancipation anfechten will (32).

§ Bei allen diesen Entscheidungen liegt immer das Princip zum Grunde, daß derjenige den Beweis führen müsse, der irgend ein Recht, was von noch ungewissen Thatsachen abhängt, oder irgend eine Befreiung von begründeten Rechten Anderer geltend machen will. Es würde zu einer ganz unrichtigen Ansicht der Sachen führen, wenn man in diesen Gesetzen eben so viele Vorschriften gewisser Rechtsvermuthungen zu finden glaubte, wie das schon in dem vorigen Aufsatze N. 8. u. s. w. näher bemerkt worden ist. Immer wird vielmehr die Untersuchung darauf geleitet, wer von den streitenden Thei-

(31) L. 11 C. *ibid.* Si scriptum heredem ab amita tua, vel de testamenti vitio, vel quacunque alia ratione non posse obtinere hereditatem, probari a te posse confidis, de hac hereditate apud Rectorem provinciae agere potes.

(32) L. 5. §. 1. D *ibid.* Idem respondit, si quis negat emancipationem recte factam, probationem ipsum praestare debere.

Theilen partes actoris, und wer partes rei übernehmen müsse. Man setzt voraus, daß Niemand die erstere Stelle übernehmen wird, ohne dazu genöthigt zu seyn, wenn er sich in dem Falle befindet, als Verklagter die Klage des Andern ruhig abwarten zu können. Indessen volenti non fit injuria. Will Jemand klagend auftreten, da er sich, bis ein anderer gegen ihn klagte, hätte ruhig verhalten können, so mag er es (33). Sobald nur Jemand, es sey nothgedrungen, oder freiwillig, wirklich als Kläger auftritt, so legt er sich auch eben dadurch die Verbindlichkeit auf, die Thatsachen, worin sein Antrag eben jetzt sich gründet, zu beweisen, und er muß dem Gegner es gestatten, daß dieser so lange, bis jener Klagegrund gehörig dargethan ist, mit aller Beweisführung verschont bleibe. Wendet aber der Verklagte Einreden vor, die auch die begründete Klage rückgängig machen sollen, so wird er nunmehr nach bewiesenem Klagegrunde wirklich angreifender Theil, und daher heißt es ganz richtig: reus excipiendo fit actor; jetzt sucht er Rechte und vermöge derselben oder sonst aus rechtlichen Gründen im eigentlichen Verstande eine Befreiung geltend zu machen; dies muß er also gehörig begründen.

(33) L. 14. D. *de probat.* s. die vorhergehende Note 17.

den (34). Eben so verhält es sich, nach bewiesenen oder zugestandenen Einreden, mit der Replik, und nachdem diese rechtlich dargethan ist, mit der Du-

(34) L. 19. pr. D. *ibid.* In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere: ipsumque exceptionem, velut intentionem, implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse. L. 12. *ibid.* Quingenta testamento tibi legata sunt; idem scriptum est in codicillis postea scriptis: Refert, duplicare legatum voluerit, an repetere, et loblitus, se in testamento legasse, id fecerit. Ab utro ergo probatio ejus rei exigenda est? Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur. Nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. Et hic igitur, cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse: ipse heres id adprobare judici debet. Vermöge dieses Gesetzes ist in vorkommenden Fällen vor allen Dingen wohl zu prüfen, ob die Gegenbehauptung des Verklagten, er mag sie einkleiden, wie er wolle, zu den bloßen Bestreitungen des Klagegrundes oder eigentlich zu den Einreden, die er dagegen vorschützt und zu beweisen hat, gehöre. Dies wird in der Folge bei der nähern Erläuterung unserer Regel noch deutlicher zu zeigen

Duplik; beides, wie man leicht sieht, im eigentlichen Verstande genommen.

3.

Widerlegung der Regel: Wer etwas bejahet, muß beweisen, nicht der Verneinende.

Lange ward der Grundsatz angenommen, daß 9
der Beweis nur dem aufzulegen sey, der einen Umstand bejahe, nicht aber dem, der etwas verneine. Adfirmanti incumbit probatio, non neganti. Diese aus der Mißdeutung einiger Römischen Gesetze ursprünglich entstandene Regel hat eine unglaubliche Menge Anhänger gefunden, und manche unrichtige Folgen in der Theorie und Anwendung veranlaßt. Die Irrthümer der Glosse verleiteten zuerst den Pabst, den Beweis einer Verneinung in einigen Decretalbriefen zu verwerfen. Die Glossatoren des Canonischen Rechts suchten durch sonderbare Distinctionen inter negationes juris, facti und quantitatis die Sache etwas zu berichtigen (35). In der Folge ist viel darüber geschrieben und gestritten worden. Vorzüglich haben Cor-

(35) *J. H. Böhmer* J. E. P. II. 19. 5.

Cocceji und Böhmer (36) jenen Grundsatz bestritten, denen auch andere gefolgt sind (37). Die neuern Lehrbücher des Prozesses verwerfen ihn zwar größten Theils; aber von Zeit zu Zeit kommt er doch wieder vor (38), und die Zahl seiner Anhänger, zumal in Gerichten, dürfte noch jetzt nicht ganz geringe seyn. Woher käme es auch sonst, daß die Advokaten häufig noch in der verneinenden Form

(36) *Henr. de Cocceji* Diss. de directa probatione negativae. Francof. 1698. in *Ejusd.* Exercit. curios. Vol. II. N. 8. pag. 134. *J. H. Böhmer* J. E. P. II. 19. 3. etc. aber auch schon vor ihnen *Franc. Herculanus* de probatione negativae et quis teneatur probare negativam in Tract. tractat. Tom. IV. auch besonders Colon. 1578 u. s. w. 8. und Frf. 1664. 12.

(37) S. die Note 9. *Wolfg. Trier* Diss. de onere probandi negantibus incumbente. Frf. 1738. E. C. Westphal vom rechtlichen Beweise einer Verneinung. Halle 1783. *Müller* ad *Leyser* Tom. III. obs. 450.

(38) *Leyser* med. ad Pand. spec. 255. med. 1. etc. *C. F. Walch* introd. in controv jur. civ. S. 2. c. 2. §. 11. J. A. Schmidt Lehrb. von gerichtl. Klagen u. s. w. §. 80. Just. Claproth Einleit. in d. ordentl. bürgerl. Prozeß §. 217. Gottl. Hufeland Revision der bekannten Streitfrage über die Beweis-

Form des Ausdrucks einen großen Schutz gegen die Last des Beweises zu finden glauben, und daß ihnen dies sogar in manchem Unterrichte als prudentia practica empfohlen wird. Daher wird es nicht ganz überflüssig seyn, die Sache hier noch etwas genauer zu prüfen.

Daß 1) **rechtlich genügende** Beweise einer Verneinung allerdings sowohl direkte, als auch indirekte geführt werden **können**, läßt sich mit Grunde gar nicht bestreiten. Das Gegentheil ist freilich oft gesagt, aber nie bewiesen worden. Vielleicht schien es consequent, sich auch mit dem Beweise dieser negativae nicht zu befassen.

Vor allen Dingen hätte man doch billig erwägen sollen:

a) daß hier überhaupt und also auch in Beziehung auf verneinende Sätze nur von **rechtlich** genügenden Beweisen die Rede sey, daß es mithin nur darauf ankomme, in wiefern veritas juridica einer

weislast bei der negatorischen Klage, in dessen Beitr. zur Berichtigung und Erweiterung der posit. Rechtswissenschaft. IV. 10. *Jul. Frid. Malblanc* princip. jur Rom. sec. ord. Pand. Tit. de probat. §. 594.

einer Verneinung durch gesetzlich sanctionirte Beweismittel auszuführen sey. Mathematische Gewißheit wird ja überhaupt bei Thatsachen nicht verlangt, kann auch nicht verlangt werden.

b) Daß es hier ganz vergeblich und unnütz sey, in der Untersuchung über Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Beweisführung bis zu Dingen hinaufzugehen, die in Gerichten doch nicht zur Frage kommen können. Die Rechtspflege hat es immer nur mit gewissen Subjekten, mit individuellen Handlungen, mit Gegenständen, die nach Zeit, Ort, Personen, und andern Verhältnissen, freilich mehr und weniger bestimmt sind, zu thun. Man sollte sich also um das Erweisliche oder Unerweisliche solcher unbestimmten Verneinungen, wie sie unter andern **Leyser** (39) angeführt hat, die in Gerichten doch nicht zur Frage kommen können, nicht weiter bekümmern, vielmehr diesen Punkt ganz auf sich beruhen lassen (40).

c) Daß

(39) l. c. verb. Sejus Cajo *nihil* debet, Lucia stuprum non commisit, Sergius fratrem injuria non adfecit. Vergl. jedoch auch *Müller* ad *Leyser* cit. obs. 450. und daselbst angef. DD.

(40) *Meier* Colleg. Argentorat tit. de probat. §. 7. verb. Multis propositis casibus vix aliquis invenitur, qui

c) Daß ein Beweis schwierig, ja den Umständen nach in gegebenen Fällen unausführbar seyn könne, ohne darum an sich unmöglich zu seyn. Man kann **jenes** bei Verneinungen gern zugeben, aber **dieses** läßt sich nicht füglich behaupten.

Schon die Erfahrung müßte hier auf andere Gedanken bringen. Was ist der Gegenbeweis in den meisten Fällen anders, als Beweis einer Verneinung? Wird er nie mit Erfolg geführt? Wäre es dann nicht ein lächerliches Verfahren, dessen sich doch wohl Gerichte billig enthalten müßten, wenn man diesen Gegenbeweis Jemanden förmlich vorbehalten, ihm auch die rechtliche Zeitfrist deshalb vorschreiben wollte, und gleichwohl zugeben müßte, daß er unmöglich zu führen sey. Wo bliebe die Gewissensvertretung bei Eidesanträgen in so vielen Fällen, wenn sie als Beweis negativae schon an sich unstatthaft wäre? Man gehe doch die einzelnen Beweis-

quo negatio non possit probari, nisi is, si negatio prorsus sit infinita, veluti *non accepi mutuum*, quae tamen ipsa licet aliquo modo probari possit, confessione scilicet adversarii, vel jurejurando, huc tamen proprie non pertinet, quia actiones humanae, ex quibus lites oriuntur certo loco, tempore, et aliis circumstantiis limitantur.

Beweismittel, wodurch Wahrheiten vor Gericht hinlänglich begründet werden können, der Reihe nach durch; man wird nichts Widersprechendes darin, sondern überall die Möglichkeit finden, auch verneinende Sätze durch sie rechtlich außer Zweifel zu setzen. Nicht bloß **indirekte** dadurch, daß eine andere Thatsache, und wenn man will, eine Bejahung bewahrheitet wird, woraus demnächst die Verneinung durch Schlußfolge sich herleiten läßt; z. B. daß ein Mensch, dessen Aufenthalt zu einer gewissen Zeit, an einem gewissen Orte, erwiesen ist, zur selbigen Zeit an einem andern Orte keine Handlung vorgenommen habe; sondern auch **direkte** können Beweise dieser Art Statt finden. Personen, die durch ihre Gegenwart bei gewissen Begebenheiten hinlänglich in den Stand gesetzt sind, von allem, was vorfiel, bestimmte Nachricht zu geben, können allerdings ein vollgültiges Zeugniß, auch zum direkten Beweise dessen, daß etwas nicht geschehen sey, abgeben (41). Die Beweiskraft des Inhalts aller Urkunden beruhet am Ende darauf, daß entweder glaubwürdige Zeugnisse, oder ein bündiges Geständniß durch sie vorge-

(41) *Lauterbach* colleg. theor. pract. tit. de probat. §. 27.

gebracht wird. Beides kann unstreitig auch eine Verneinung beweisen. Wer will die Vollgültigkeit des Beweises, daß eine Zahlung von Jemanden nicht geschehen sey, bestreiten, wenn eine Urkunde beigebracht wird, worin dieser selbst gesteht, daß er das Geld nicht bezahlt habe. Eben dies läßt sich auch allerdings durch Zeugen sogleich wahrnehmen, wenn von der Zahlung zu einer gewissen Zeit, an gewissen Orten und im Beiseyn gewisser Personen die Rede ist. Freilich können Zeugen überhaupt nichts anders beglaubigen, als wovon sich eine Wissenschaft bei ihnen annehmen läßt, sie mögen über einen bejahenden oder verneinenden Beweissatz vernommen werden. So wenig man also das Geschehene durch Personen, die bei dem Vorgange nicht zugegen waren, beweisen kann, eben so wenig läßt sich auch, daß etwas nicht geschehen sey, durch ihre Aussage darthun, wenn von Dingen die Rede ist, die ohne ihr Mitwissen füglich geschehen konnten. Wie mag man also dies noch als etwas Besonderes bei verneinenden Sätzen anführen, und darum, weil es Fälle geben kann, wo sie unerweislich sind, schon im Allgemeinen die Möglichkeit ihres Beweises bestreiten wollen? Daß A. vom B. nie Geld geliehen habe, ist freilich wohl durch Zeugen nicht füglich zu beweisen.

Allein der Grund davon liegt nicht sowohl an sich schon in der verneinenden Form des Satzes, als vielmehr in der Beweisart, wovon die Rede ist, nämlich darin, weil es an Personen fehlt, die von allem, was zwischen A. und B. je verhandelt ist, eine genaue Kenntniß hätten, und ohne deren Wissen dergleichen Anleihe gar nicht geschehen seyn könnte. Wären solche Personen zur Hand, so würde die Ausführung des Beweises kein Bedenken leiden. Also ist der Grund des Unerweislichen in Fällen dieser Art in der That derselbe, wie bei bejahenden Sätzen, wenn es an glaubwürdigen Personen fehlt, die bei dem, was geschehen seyn soll, gegenwärtig waren, und dadurch eine Wissenschaft von der Sache, worauf es ankommt, erlangten. Indeß läßt sich doch, wenn auch Ein Beweismittel abgeht, darum noch nicht gleich der ganze Satz als völlig unerweislich betrachten. Kann daher für eine solche uneingeschränkte Verneinung, wie sie vorher angeführt worden ist, der Zeugenbeweis in vorkommenden Fällen keine Dienste leisten, so bleibt ja doch die Eidesdelation übrig, wozu man auch bei bejahenden Sätzen seine Zuflucht nehmen muß, sobald man andere Beweismittel nicht hat, oder nicht zuverlässig findet. Hoffentlich wird gegen die Zulässigkeit der erstern auch bei

ver-

verneinenden Sätzen kein Zweifel Statt finden. Leyser (42) fand darin eine kühne Idee des Cocceji, als dieser behauptete, daß kein verneinender — es versteht sich von selbst, nicht schon erweislich falscher — Satz an sich die Möglichkeit des Beweises ausschließe. Er führt dagegen die schon in der Note 39. bemerkten Beyspiele an, welche dies sogleich beim ersten Anblick widerlegen sollen. — Unter diesen Sätzen kann der zweite in solcher Form und ohne nähere Bestimmung an sich schon nicht füglich in Gerichten zur Frage kommen, und doch würde, so wie er dasteht, der Beweis für alle Fälle nicht ganz unmöglich seyn, da es physische Gründe geben kann, die ihn außer Zweifel setzen (43). Daß die übrigen in vorkommenden Fällen, so wie auch der Satz: Titius hat dem Sejus 100 Rthlr. nicht ausgezahlt, durch Beibringung eines gegenseitigen Geständnisses und durch Eidesdelationen bewiesen werden, und daß in allen diesen Beispielen wenigstens Wahrscheinlichkeitsgründe so viel bewirken können, daß mittelst gesetzlicher Eide der Mangel der rechtlichen Gewißheit, wie bei bejahenden

(42) Siehe die vorhergehenden Noten 38. und 39.

(43) Cap. 6. X. de frigid.

Sätzen ergänzt werde, muß einem Jeden, auch ohne weitere Erinnerung von selbst schon einleuchten. Das bisher Gesagte mag also genügen, um als ausgemacht anzunehmen, daß probatio negativae directa et indirecta allerdings geführt werden könne (44).

II Daß 2) dieser Beweis auch wirklich von dem geführt werden müsse, der Rechte oder Befreiungen geltend zu machen sucht, die sich in einer Verneinung gründen, ist eben so unleugbar. Denn jeder streitende Theil ist schuldig, seine Anträge zu rechtfertigen. Sind also diese von ungewissen Thatsachen abhängig, so versteht es sich von selbst, daß er den Beweis der letztern, sie mögen in Bejahungen oder Verneinungen bestehen, führen muß, weil sonst sein Antrag unbegründet ist, folglich nicht Statt finden kann (45). Ich will mich nicht bei der Bemerkung aufhalten, zu wie vielen Chikanen es Gelegenheit geben würde, wenn man das Gegentheil annehmen müßte, da es ein leichtes ist, bejahende Sätze in verneinende, die mit jenen

(44) Vergl. übrigens *J. H. Böhmer* J. E. P. II. 19. 9. ibiq. cit. *Cocceji.*

(45) *Böhmer* ibid. §. 10.

nen identisch sind', umzuschaffen (46); noch weniger wird es nöthig seyn, die verschiedenen Versuche näher zu prüfen, welche von den Rechtsgelehrten gemacht worden sind, um wahre und ächte Verneinungen von den scheinbaren zu unterscheiden. Genug, daß die Lehre, welche dadurch aufrecht erhalten werden soll, an sich keinen Grund hat, und daß die Gesetze selbst in mehr als einer Vorschrift das Gegentheil deutlich genug bestimmt haben. Wer weiß es nicht, daß wenn condictione indebiti eine Zahlung zurückgefordert wird, der Kläger den Beweis übernehmen müsse, daß er nichts schuldig gewesen sey (47). Und so gibt es eine Menge ähnlicher Entscheidungen, welche den Beweis einer Verneinung dem auflegen, der sich darin gründet (48). Wie konnte das auch anders seyn, da so-

(46) *Leyser* spec. 25'5. med. 4.

(47) L. 25. pr. D. de *probat.* s. Note 29.

(48) Dergleichen sind schon einige vorgekommen; man sehe die Noten 23. 24. 31. und 32. L. 10. D. de V. O. (XLV. 1.) Hoc jure utimur, ut ex hac stipulatione, si Lucius Titius ante Calendas Majas in Italiam non venerit, decem dare spondes? non ante eam diem in Italiam venire Titium non posse, neque venisse: sive vivo, sive mortuo id acciderit. —

vergl.

sogar bisweilen der Gegner eine Rechtsvermuthung für sich haben kann. Aber auch hievon abgesehen ist es, wie gesagt, schon hinreichend, daß der verneinende Satz den Grund eines rechtlichen Antrags bestimmt, um nach Anleitung der angeführten Gesetze die Verbindlichkeit zur Beweisführung daraus zu folgern. Dies gilt von beiden streitenden Theilen, dem Kläger sowohl als dem Verklagten. Auch dieser ist bei Behauptungen, die er sonst beweisen muß, bei Einreden und Dupliken, im leidentlichen Verstande, nicht davon frei, wenn sie verneinend sind (49). Man wird doch hiegegen die sogenannte Einrede des nicht erfüllten Contrakts nicht anführen, um den erwähnten Grundsatz zu bestreiten. Wahr ist es, daß der Kläger, dem jenes entgegengesetzt wird, den Beweis übernehmen muß, daß er seiner Seits den Contrakt erfüllt habe, aber diesen Beweis muß er führen, nicht weil die Gegenbehauptung des Verklagten ver-

vergl. L. 5. C. de injur. (IX. 35.) L. 5. C. de Codicill. (VI. 36.) L. 13. C. de n. n. p. (IV. 30.) u. a. m. bei *Meier* Coll. Argent. Tit. de probat. §. 7. *Vigel* Digest. jur. civ. VII. 2. 2. de *Mezger* Diss. (not. 5.) cit. §. 26. etc.

(49) *Böhmer* J. E. P. II. 19. 11.

verneinend ist, sondern weil sie einen bloßen Umstand bestreitet, der zum Klagegrund gehört, dessen gehörige Rechtfertigung dem Kläger obliegt (50). Im Gegentheil verhält es sich auch mit den Behauptungen in der Replik des Klägers eben so. Er braucht freilich nicht zu beweisen, wenn er die Einrede des Verklagten bloß leugnet, wohl aber muß er die Replik im eigentlichen Verstande, wenn sie bestritten wird, bewahrheiten, sie mag an sich bejahend oder verneinend seyn; es wäre denn, daß dadurch nur etwas abgeleugnet würde, was eigentlich zur Begründung der Einrede des Verklagten gehört, und dieser also, wenn er mit seinem Einwande durchkommen will, rechtlich darthun muß. Wenn z. B. eine Gemeinde ihren Schuldner verklagt, dieser zum Zweck der Compensation eine Gegenforderung aus einer den Vorstehern ohne förmlichen Beschluß der Gemeinde gemachten Anleihe entgegensetzt, und die Klägerin replicando dawider anführt, daß das Geld nicht in Angelegenheiten der Gemeinde verwandt sey, so muß freilich der Verklagte den Beweis dieser Verwendung führen, weil sonst seine Gegenforderung an die Gemeinde selbst keinen Grund haben würde, nicht aber

(50) *Böhmer* ibid.

aber bloß darum, weil die Replik in einer Verneinung besteht. Ganz anders verhält sich die Sache, wenn der gewesene Pupill wegen einer dem Vormunde, als solchen, gemachten Anleihe belangt, oder aus dieser Schuld eine Einrede gegen ihn hergenommen wird, so ist die Klage oder Einrede durch die Handlung des Vormunds selbst schon hinlänglich begründet (51), und es kommt also nur darauf an, ob der Pupill die Gegenbehauptung, daß das Geld nicht in seinen Angelegenheiten verwandt sey, er mag dieses excipiendo, oder replicando vorschützen, gehörig beweisen kann (52). Ihm ist auch, ob gleich an sich nichts darauf ankommt,

(51) Nach der bekannten Regel: factum tutoris legitime gestum est factum pupilli. arg. §. 9. I. *de inutil. stipul.* (III. 20.) L. 5. D. *de R. J.* Kein Gesetz hat auch die Gültigkeit einer solchen Anleihe von der Zustimmung der Obrigkeit abhängig gemacht, obgleich in der Fortsetzung *Hoffakers* princip. jur. civ. R G. Tom. 3. §. 1867. das Gegentheil angenommen wird.

(52) Der Pupill oder Minderjährige hat hier eigentlich restitutionem in integrum gegen einen nach strengem Recht gültigen Handel zu suchen. *Hellfeld* jurisprud for. § 782., und muß daher natürlich den Beweis der Läsion führen.

kommt, in diesem Falle der Beweis jener Verneinung beinahe leichter, wenigstens nicht schwerer zu führen, als es dem andern Theile seyn würde, das Gegentheil darzuthun, da die Vormundschaftsrechnungen es ergeben müssen, in wiefern die Ausgaben des Pupillen von seinem übrigen Vermögen, ohne die Anleihe, zu bestreiten waren oder nicht (53). Da-

(53) Der angeführte *Böhmer* §. 11. und doct. de action. II. 8. 4, mit ihm auch Andere, z. B. *Wernher* sel. observat. VI 387. behaupten zwar das Gegentheil, daß nämlich der Gläubiger, ob er gleich mit dem Vormunde als Vormund contrahirt hatte, dennoch die wirkliche zum Besten der Pupillen geschehene Verwendung des Geldes beweisen müßte, vermöge L. 3. C. *quando ex facto tutor.* (V. 39.) Si in rem minoris pecunia profecta sit, quae curatori, vel tutori ejus nomine minoris mutuo data est, merito personalis in eundem minorem actio danda est, und L. 1. C. *si adverf. credit.* (II. 38.) Cum et ipse profitearis, cum Zenodora minori vingintiquinque annis (te) contraxisse, nec doceri potuisse Praetorem virum clarissimum ex eo contractu locupletiorem (eam esse) factam; intelligis eam merito in integrum restitutam. L. 2. *ibid.* Si (ut allegas) minor annis pecuniam fenori accepisti, nec ea in rem tuam versa est, adversus cautionem, per quam eo nomine te obligasti, in integrum restitutionis auxi-

lium

Dahingegen ward in jenem Falle, da man mit einer Gemeinde zu thun hatte, vorausgesetzt, daß der Gläubiger mit dieser selbst, oder mit ihren Repräsentanten in einer das ganze Corpus rechtlich verbindenden Form nicht contrahirt habe. Denn wäre diese Form beobachtet, so würde die Gemeinde gegen ihren eigenen Handel den Einwand der nicht geschehenen nützlichen Verwendung gar nicht

lium potes solemniter postulare. Allein keine dieser Gesetzstellen belastet ganz bestimmt den Gläubiger mit einer Beweisführung, von der ihn die vorhin erwähnten allgemeinen Rechtsgründe offenbar frei erklären, und keine dieser Stellen befreiet den Pupillen oder Minderjährigen von dem Beweise laesionis, den das Restitutionsgesuch ihm auflegt. Man muß nicht aus der Acht lassen, daß der Concipient des in L. 3. C. *Quando ex facto tutor.* vorkommenden Reskripts es nach dem Vortrage des Supplikanten wohl sehr füglich bei der Voraussetzung eines zum Besten des Minderjährigen geschehenen Gebrauchs der Anleihe bewenden lassen konnte, ohne sich auf andere Bestimmungen, besonders der Frage: Wem der Beweis hierüber obliege? einzulassen, welche der Antrag der Partei, in sofern diese den erwähnten Gebrauch als ausgemacht oder unbestritten angab, ganz überflüssig machte. Thibaut Theorie der log. Auslegung des Röm. Rechts. §. 28.

nicht vorschützen, auch auf die den Minderjährigen wegen der Pflichtwidrigkeit des Vormunds jure singulari verliehene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keinen Anspruch machen können, da sie nicht sowohl durch den von ihr selbst geschlossenen Handel, als vielmehr durch nachherige Unordnung oder Treulosigkeit in der Administration verletzt worden ist; daher nur in solchen Fällen, wo die Anleihe von Personen geschlossen ward, die an sich durch ihre Handlungen das Corpus im Ganzen nicht verpflichten können, der Einwand der nicht geschehenen gemeinnützlichen Verwendung des Geldes Statt findet, aber auch dann die volle Wirkung hat, daß der Gläubiger den Beweis des Gegentheils, wobei er freilich die Personen, mit denen er sich eigentlich eingelassen hat, und deren Erben, zu gehöriger Rechtsvertretung auffordern kann, übernehmen muß (54).

Nach

(54) L. 27. D. *de reb. credit.* (XII. 1.) Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniae versae sunt: alioquin ipsi soli: qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur. Kirchen und fromme Stiftungen werden durch die Anleihen ihrer Vorsteher nicht geradezu verpflichtet. Nov. 120. cap. 6. §. 3.

12 Nach dem bisher Ausgeführten sollte man es kaum noch erwarten, daß die Regel: **Nur dem, der etwas bejahet, nicht dem Verneinenden, liegt der Beweis auf**, obgleich sie durch die Natur der Sache, und durch so viele gesetzliche Vorschriften widerlegt wird, sich dennoch bei den Rechtsgelehrten so lange im Ansehen erhalten, und so viele Vertheidiger finden konnte. Daß die Unmöglichkeit des Beweises hiezu keinen rechtsbeständigen Grund an die Hand gebe, ist im Vorhergehenden augenscheinlich gezeigt worden. Man glaubt aber desto mehr, sich auf verschiedene Vorschriften des Römischen und Canonischen Rechts berufen zu können, die wir daher nicht ganz übergehen dürfen.

Die Stellen des Römischen Rechts, welche zu der gedachten Regel einen Anlaß gegeben haben, L. 23. C. *de probat.* Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reüm necessitate monstrandi contrarium non adstringit: cum per rerum naturam factum negantis nulla probatio sit, womit auch L. 10. C. de n. n. pecun. in den Worten: negantis numerationem naturali ratione nulla probatio est, übereinstimmt, und L. 2. D. de probat. Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat,

gat, hätten wohl nicht leicht unrichtiger gedeutet werden können. Das erste Gesetz (23. C. *de probat.*) redet zuvörderst nicht von dem, der einen Satz bejahet, nicht vom eigentlichen adfirmante. Es entscheidet wörtlich den Fall, da der Kläger selbst zugestand, daß er seine Behauptung zu beweisen nicht im Stande sey, — Actor profitendo probare se non posse quod adseverat. — Dies konnte ihn natürlich nicht berechtigen, um von dem Verklagten zu verlangen, daß dieser das Gegentheil der Behauptung des Klägers beweisen sollte, — reum necessitate contrarium monstrandi non adstringit — da die Natur der Sache es schon mit sich bringt, daß wenn ein Theil eine Thatsache für sich anführt, und der andere solche leugnet, nicht dieser, sondern jener den Beweis übernehmen und führen müsse — quum per rerum naturam factum *negantis* probatio nulla sit (55). —

Das

(55) *Meier* Colleg. Argent. tit. de probat. §. 7. verb. per rerum naturam, is, qui factum negat probare negationem suam non debet, L. 23. C. h. t. id est, ratione naturali, L. 10. C. de n. n. p. quae ratio in eo consistit, quod quicquid non praesumitur, id non debet probari, sed ejus contrarium. Jam vero factum, id est, affirmatio facti non praesumi-

tur,

Das Gesetz sagt also mit keinem Worte, daß überhaupt derjenige, der einen verneinenden Satz behauptet, eben dadurch von allem Beweise frei sey; noch weniger sagt es, daß eine Verneinung sich per rerum naturam gar nicht beweisen lasse. Es würde sogar dadurch etwas Ungereimtes und so vielen andern gesetzlichen Vorschriften Widersprechendes gesagt haben (56). Nur von dem, der eine gegen ihn angeführte Thatsache bestreitet, nicht von dem, der etwas überhaupt verneinet, sondern von dem, der ableugnet, was gegen ihn vorgebracht wird, ist die Rede. Von diesem heißt es, daß ihm nach der Natur der Dinge kein Beweis obliege. Die Worte: negantis nulla est probatio, sollen aber auch keineswegs andeuten, daß gar kein Beweis auf Seiten dessen, der leugnet,

tur, ergo factum sive affirmatio facti debet probari, non ejus contrarium, videlicet non factum, id est, facti negatio, atque hinc illa decantatissima juris regula; ei qui dicit, non qui negat, incumbit probatio L. 21. h. t. vid. infr. th 6. in fine, id est is, qui intendit, non qui adversarii intentionem negat, probare debet, et nisi ita esset, omnia judicia elusoria fierent.

(56) Vergl. die vorhergeh. Note 48.

net, Statt finde oder möglich sey. Denn wo bliebe der Gegenbeweis, wenn dies richtig wäre, und wer wollte es überhaupt dem, der leugnet, verwehren, den Beweis, wenn er es für gut fände, freiwillig zu übernehmen (57), sondern der Ausdruck: probatio ejus est, vel non est, bezeichnet nach dem Sinn der Sprache nichts anders, als ihm kommt der Beweis zu, — er liegt ihm ob, — er muß ihn führen. Wer würde z. B. die Worte: actoris est probatio, anders übersetzen, als: der Kläger muß beweisen; also negantis nulla est probatio — d. i. dem, welcher leugnet, was der andere gegen ihn behauptet, liegt der Beweis nicht ob.

Das bisher Gesagte gilt auch von L. 10. C. de n. n. p. verbis: Negantis numerationem naturali ratione probatio non est. Dies versteht sich ebenfalls nur von dem, der eine Geldzahlung als das Fundament der gegen ihn angestellten Klage, — oder ihm entgegengesetzten Einrede — ableugnet, und daher vom Beweise frei ist, nicht weil er einen verneinenden Satz für sich anführt, sondern weil er den Grund der gegenseitigen Klage — oder Einrede — bestreitet, den also der Gegner beweisen

(57) Vergl. die Note 17.

sen muß, so lange die an ihn ausgestellte Handschrift noch keine völlige Beweiskraft durch die gesetzlich bestimmte Zeit erlangt hat (58).

In L. 2. D. de probat., deren schon vorhin erwähnt worden ist, wird der, qui negat, dem entgegengesetzt, qui dicit. — Dicere überhaupt gilt von Jedem, der etwas mit Worten zu erkennen gibt, es mag bejahend, oder verneinend, bloß für Jemanden gesagt, oder besonders zur Bestreitung der Behauptung eines andern angebracht seyn. Hier aber, wo der qui dicit dem qui negat entgegengesetzt wird, läßt sich das nicht füglich anders erklären, als daß unter dem erstern derjenige, der etwas für sich anbringt, unter dem andern aber der, welcher dies Anbringen als unwahr bestreitet, zu verstehen sey, jenes Anbringen oder jene Behauptung mag übrigens ein bejahender oder ein verneinender Satz seyn. Wollte man dicere mit adfirmare hier für gleichbedeutend annehmen, so würde das eines Theils sprachwidrig, und andern Theils die ganze Stelle alsdann weder vernunftmäßig, noch mit andern gesetzlichen Bestimmungen vereinbarlich seyn.

Das

(58) *J. H. Böhmer* J. E. P. II. 19. 7.

Das Canonische Recht kommt zwar dem ersten Anscheine nach denen, welche den Beweis einer Verneinung Niemanden auferlegt wissen wollen, etwas mehr zu Statten. Es ist nicht zu leugnen, daß in den Päbstlichen Dekretalbriefen an verschiedenen Stellen der Grundsatz geäußert wird, daß ein solcher Beweis an sich schon gar nicht Statt finde, und es würde vergeblich seyn, diese Stellen durch irgend eine Erklärung mit der gesunden Vernunft völlig wieder in Einverständniß bringen zu wollen. Sie lassen keineswegs, wie sie da stehen, die Einschränkung zu, daß nur derjenige, der die Wahrheit einer gegen ihn vorgekommenen Behauptung bestreitet, von der Last des Beweises frei sey, weil vielmehr der Gegner den Grund seiner Behauptung rechtfertigen muß, wie dies die Römischen Gesetze enthalten. Es heißt vielmehr geradezu: daß verneinende Behauptungen durchaus — per rerum naturam — nicht erwiesen werden könnten. Aber wie, und in welcher Beziehung, kömmt dieser Satz im Canonischen Rechte vor? Hiernach müssen wir uns etwas näher umsehen. Denn daß er aus einer Mißdeutung des Römischen Rechts ursprünglich herrühre, daß er an sich unvernünftig sey, daß so manche andere gesetzliche Bestimmungen, sogar selbst des Canonischen Rechts, damit

nicht würden bestehen können, dies alles ist theils schon im Vorhergehenden vorgekommen, theils wird es sich weiter hin noch deutlicher ergeben. Zum Glück hat es der Pabst so arg doch nicht gemacht, als er es freilich leicht hätte machen können, da er einmal dabei war, recht abgeschmackte und widersinnige Dinge zu sagen. Zum Glück gibt er uns nur bei Gelegenheit gewisser Vorschriften seine Einsichten in die Natur der Dinge zu vernehmen, läßt es aber dabei denn doch im Ganzen bewenden, ohne auch als Gesetzgeber mit der bestimmten Anordnung hervorzugehen, daß nur der, welcher bejahet, nie der, von dem ein verneinender Satz behauptet wird, die Last der Beweisführung übernehmen müsse. Wir haben es also hauptsächlich nur mit seinen Enunciationen, nicht mit einer allgemeinen Disposition zu thun. Dies werden die einzelnen Dekretalbriefe, welche hieher gehören, jetzt näher zeigen. Gleich eine der Hauptstellen, die man gewöhnlich anführt, um einer groben Unrichtigkeit gesetzliches Ansehen zu verschaffen, das Cap. 11. X. de probat. (II. 19.) enthält im Ganzen die an sich sehr vernünftige Vorschrift, daß alles, was in gerichtlichen Angelegenheiten vorginge, von einer öffentlich dazu bestellten Person, oder von zwei glaubwürdigen Zeugen dazu aufgezeichnet

werden

werden solle, damit ein rechtlicher Beweis darüber vorhanden sey, und Niemand durch falsche Angaben des Richters, die er nicht widerlegen könnte, verletzt werde. Diese Vorschrift, die wohl Niemand mißbilligen wird, geht nun von folgenden Gründen aus: Quoniam contra falsam adsertionem iniqui judicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare, quum negantis factum per rerum naturam nulla est directa probatio, ne falsitas veritati praejudicet, aut iniquitas praevaleat aequitati, statuimus etc. — Diese Worte enthalten also keineswegs eine Rechtsnorm für die Frage: wer von beiden streitenden Theilen den Beweis übernehmen müsse? überhaupt keine Vorschrift, sondern eine Behauptung, wodurch der Pabst seine nachher folgende Vorschrift zu rechtfertigen suchte, wobei er aber freilich zugleich auch documentirte, daß er von der Logik schlecht bedient war. Just. Henn. Böhmer hat in seiner Ausgabe des Corporis juris Canonici die gedachte Stelle in einer Anmerkung so bündig und einleuchtend gewürdigt, daß es dem Leser nicht unangenehm seyn wird, diese hier wörtlich angeführt zu finden: Traditur hic simplex enunciatio logica, quam ad tramitem rectae rationis reducere nihil vetat. Videlicet propositio probanda est vel affir-

mativa vel negativa. Et directa ejus probatio dicitur, quae fieri poteſt teſtibus, inſtrumentis, vel delatione juramenti. In dictis teſtium diſtingui debet depoſitio teſtis a ratione ſcientiae, de qua tam in affirmativa, quam in negativa propoſitione, probanda, teſtis interrogandus eſt. Et ita directa dicitur probatio, in qua teſtis directo thema probandum vel affirmat vel negat. Sic thema probandum: Titia non ſuppoſuit falſum partum, tres mulieres directo reſpondent: non ſuppoſuit. Interrogatae de ratione ſcientiae reſpondent, quod paturienti manus admoverint, et puellam, de cujus ſtatu quaeratur, ex matris ventre extraxerint. Hoc caſu ratio ſcientiae adducta degenerat in propoſitionem affirmativam: ipſum teſtis dictum vero directo probat propoſitionem probandam. Praeterea cum probatio etiam per delationem juramenti fieri poſſit: nil prohibet, quo minus directo probari poſſit propoſitio haec: Titius non ſolvit debitum, contra quod oppoſuerat reus exceptionem ſolutionis, delato ſuper ea jurejurando. Et quid vetat, quo minus exceptio: non ſum nominatus in inſtrumento, productione ipſius documenti directo probari queat? Ceterum regula hic adducta eſt deſumta ex L. 23. C. de prabat. quae manifeſte prodit, reum litem negative conteſtantem ad pro-

bationem non esse adstringendum: non vero innuit, negativam non posse nec debere directo probari, cujus probatio in judiciis quotidie susci-pitur, reprobatione suscepta. —

In dem gleich darauf folgenden Cap. 12. X. de probat. erklärt sich der Pabst gegen den von ihm und seinen Vorgängern sonst begünstigten Mißbrauch, sich von der Beschuldigung eines Verbrechens durch Eide, oder andere, mit Hülfe des Wunderglaubens eingeführte Mittel zu reinigen — purgatio canonica et vulgaris. — Er will diejenigen, welche eines Verbrechens rechtlich und vollständig bereits überwiesen sind, mit dem Anerbieten, das Gegentheil durch **dergleichen Mittel** zu bewahrheiten, nicht gehört wissen. — Die Verordnung ist daher im Wesentlichen nicht sowohl gegen die Zulässigkeit probationis negativae überhaupt, als vielmehr gegen besondere Arten der Beweismittel, welche billig zu verwerfen waren, gerichtet, wie das nicht allein die in den Eingangsworten bemerkte Veranlassung der Vorschrift, sondern auch der eigentliche Inhalt der letztern selbst deutlich ergibt; volentes igitur ut haec pestis contraria omni juri penitus exstirpetur a clero, mandamus, quatenus in *hujusmodi* probatione negativa,

tiva, dum tamen possit adfirmativa ex adverso probari, contra canonicas sanctiones in foro ecclesiastico neminem audiatis. — Diese Vorschrift, welche sonst allen Gegenbeweis sowohl in Civilprozessen, als auch in Criminalfällen umwerfen, ja den Angeschuldigten größten Theils die Vertheidigung überhaupt versagen würde, kann wohl unstreitig nicht weiter als in Beziehung auf die Mißbräuche, von denen sie wörtlich redet, angewandt werden (59). — Beiläufig kommt die Sache auch in cap. 23. X de elect. (I. 6.) vor. In einem Rechtsstreite über die Wahl eines Bischofs, entstand gegen die Rechtmäßigkeit des Verfahrens aus dem Mangel der Citation einige Bedenklichkeit. Der Pabst fand diese an sich dadurch, daß die Sache notorisch war, und durch die Vermuthung eines rechtmäßigen Verfahrens, welche jeder Richter für sich hätte, schon ziemlich gehoben; bemerkte aber noch überdem: es sey schwerlich zu beweisen, daß keine Citation sämmtlicher Interessenten geschehen sey, da dieser Beweis eine Verneinung bewahrheiten sollte: quamvis et, quod citati non fuerint, non posset *de facili* comprobari, quia negantis factum per rerum naturam nulla

(59) *Böhmer* in not. ad cit. cap. 12. x. de probat.

nulla eſt directa probatio, quum etſi quilibet de ſe poſſit aſſerere, quod ad eum citatio minime perveniſſet, ſinguli tamen veſtrum eſſent in ſuo teſtimonio ſingulares. Wie die Verneinung auszuführen ſey, muß am Ende doch wohl dem überlaſſen werden, der ſich darauf beruft, und der ſie zu bewahrheiten hat. Es iſt ſeine Sache, ob er *de facili*, wie es hier heißt, damit durchkomme oder nicht. So viel bleibt gewiß, daß die ganze Bemerkung des Pabſtes bei der Frage: wem der Beweis obliege, gar nicht in Betrachtung kommen kann. — Ganz unſtreitig gilt dies auch von dem cap. 1. De confeſſis in 6to (II. 9.): Statuimus, ut poſitiones negativas, *quae probari non poſſunt, niſi per confeſſionem adverſarii*, judices admittere poſſint, ſi aequitate ſuadente, viderint expedire; imgleichen von dem cap. 3. X. de cauſa poſſeſſ. et propriet. (II. 12.) wo in Anſehung eines ſtreitigen Wahlrechts den Ausſagen der Zeugen kein Gewicht zugeſtanden wird, quod *negativam quodammodo adſtruere ſatagebant*, probare volentes jus electionis ita ad vos ſpectare, quod ad adverſarios *minime* pertineret; per teſtes vero adverſae partis fuit ſufficienter oſtenſum, quod in trium epiſcoporum electionibus, de quibus praemiſſum eſt, clerici praeſentes adfuerint, et vocem habuerint

ele-

elegendi etc. — Beiläufig lenkt der heilige Vater auch einmal wieder ein, und läßt sich über den Rechtsstreit wegen eines geistlichen beneficii und die Replik des Klägers, daß die ihm entgegengesetzte Entsagung seines Rechts nicht freiwillig geschehen sey, folgendergestalt vernehmen: Porro licet negantis factum per rerum naturam nulla sit probatio, ejus tamen qui spontaneam renunciationem negat, quum implicite et quodammodo replicando inficietur super adfertione sua habito ad dignitatem et personam respectu, probationes credimus admittendas.

Nimmt man nun den Inhalt aller dieser Vorschriften zusammen, so ergibt sich im Ganzen darüber unstreitig folgendes: 1) Genau betrachtet wird in den Päbstlichen Verordnungen nur so viel ausgesagt, daß der directe Beweis einer Verneinung nicht ausführbar sey. Nun, wer seinen Satz nicht directe beweisen kann, der mag sein Heil indirecte versuchen. In der That aber hat dergleichen Urtheil über das, was an sich möglich oder nicht möglich sey, darum, weil es in den Gesetzen vorkommt, noch nicht gleich eine gesetzliche Gültigkeit, und hier um so weniger, da es augenscheinlich falsch, und einer sichtlichen Mißdeutung

des

des Römischen Rechts zuzuschreiben ist (60).
2) Daraus, daß der Beweis einer Verneinung für unmöglich angenommen wird, kann doch immer nur so viel folgen, daß Niemand sein Klagerecht oder seine Einreden in negativa gründen müsse, weil er sie doch nicht würde beweisen können. Daß aber darum der andere Theil den Beweis des Gegentheils führen müsse, weil man einen unerweislichen Satz wider ihn anführt, dazu wäre doch gar kein Grund vorhanden. Verfolge ich ein Recht, oder schütze ich eine Einrede vor, und kann weder jenes, noch diese beweisen, so muß ich erwarten, ob der Gegner mir meine Behauptung zugesteht, wo nicht, so muß ich beides als unerweislich aufgeben. So würde es sich also mit den gerichtlichen Anträgen verhalten, die sich in negativa gründen, wenn der Grundsatz, daß ein Beweis derselben nicht Statt finde, wahr und richtig wäre, oder bei seiner sichtlichen Falschheit dennoch als solcher durchaus angenommen werden müßte.

Noch

(60) *Böhmer* J. E. P. II. 19. 6. verb. nec quae ab omni ratione aliena sunt praescribere potest, quid enim si negaret bis duo esse quatuor, an in sapiendum cum jure canonico? vergl. §. 9. ibid.

Noch weniger kann die blo Schwierigkeit eines solchen Beweises einen recht n Grund an die Hand geben, dem Gegner die Last desselben aufzubürden, wie es Leyser (61) behaupten wollte. Dies würde desto ungerechter seyn, da auch der Beweis einer Bejahung den Umständen nach mit großen Schwierigkeiten verknüpft seyn kann, darum aber doch wohl Niemand den Gegner zur Beweisführung verpflichten wird. (N. 5.) 3) Die Päbstlichen Verordnungen sagen auch mit keinem Worte davon, daß vermöge der vorausgesetzten Unerweislichkeit einer Verneinung, **dem Gegner, weil dessen Behauptung bejahend ist, die Last des Beweises aufzubürden sey.** Im Gegentheil

(61) Medit. ad Pand. 255. 3. verb. final. Quod ad alterum fateor, nonnunquam negativam ita esse comparatam, ut de ejus probatione non sit prorsus desperandum. At inde non consequitur, negantem tunc ad probandum obligari. Etiamsi probatio negativae aliquando possibilis sit, difficilis est tamen semper, et adversarius qui adfirmat, affirmativam suam longe facilius probabit, quemadmodum vel ex illo, quod memoravi, exemplo adparet. Nihilominus itaque affirmanti probationem imponi oportet. Huc pertinet c 23 x. *de elect.* Daß diese Stelle hiefür nichts entscheide, ist vorhin schon gezeigt werden.

theil ist das Ganze ihrer Vorschriften nur dahin gerichtet, daß der, welcher eine Verneinung für sich anführt, und durchsetzen will, keine Chikane anwenden soll. Anstatt ihn zu begünstigen, und ihn mit Belästigung des Gegners vom Beweise zu befreien, wird vielmehr gegen ihn verordnet, daß er auch mit dem Versuche eines Beweises, den der Pabst einmal für unausführbar hält, nicht zu hören sey. Meistens ist auch in den angeführten Verordnungen von solchen Fällen die Rede, wo schon rechtlich genügende Beweise gegen den Verneinenden vorhanden waren. Dagegen wird sein Antrag, daß er mit Beweisen des Gegentheils zugelassen werden möge, aus dem Grunde der Unmöglichkeit überhaupt, und besonders auch mit Beziehung auf die von ihm gewählte Art der Beweismittel verworfen. Jener Grund taugt nun freilich nicht, und man hat daher kein Bedenken gefunden, ihn selbst in den Verhältnissen, wovon das Päbstliche Recht doch ausdrücklich handelt, aus der Acht zu lassen, da bekanntlich in Civil- und Criminalprozessen der Gegenbeweis Niemanden, der ihn zu führen sich getrauet, versagt wird. Desto weniger aber läßt es sich vertheidigen, wenn auf den gedachten an sich falschen Grund, über den man sich in der Leitung des gerichtlichen Ver-

fah-

fahrens längst hinweg gesetzt hat, eine Regel der Beweisführung angenommen wird, die das Canonische Recht selbst nicht vorgeschrieben hat, und wenn man die Verordnungen desselben, nachdem man ihnen in den Fällen, wovon sie eigentlich reden, die Anwendbarkeit versagt hat, nun doch zur Beläſtigung des andern Theils in einer Ausdehnung anwenden will, die theils der Natur der Sache, theils mehrern bestimmten Vorschriften des Civilrechts unstreitig entgegen ist.

Ist nun der berühmte Satz: adfirmanti, non neganti, incumbit probatio, als Regel betrachtet, an sich falsch und ganz ungesetzlich, ja vielmehr gesetzwidrig, so bedarf es auch aller der Deutungen nicht, die man von Zeit zu Zeit herbeigeholt hat, um die Sache einigermaßen mit der Vernunft und den Vorschriften der Gesetze wieder zu vereinigen. Schon die Glossatoren verfielen hiebei auf allerhand Distinctionen, deren im Allgemeinen bereits vorhin gedacht worden ist. Sie unterschieden und nahmen von jener Regel aus: a) negativam *juris*, wodurch der Rechtsbestand einer Handlung bestritten würde, z. B. wenn Jemand behauptete, daß ein Testament nicht gehörig errichtet, eine Wahl

nicht

nicht rechtmäßig geschehen sey (62); b) negativam *qualitatis*; wenn gewöhnliche Eigenschaften der Personen oder Sachen bestritten würden (63); c) negativam facti *definiti*, z. B. daß etwas zu einer gewissen Zeit, bei einer gewissen Gelegenheit u. s. w. nicht geschehen sey, welches zumal indirecte dargethan werden könne. Diesem ward negativa facti *indefiniti* d. i. daß etwas überhaupt nicht geschehen sey, als an sich ganz unerweislich entgegengesetzt; d) negativam *praegnantem*, welche in der That eine Bejahung in sich schließe, z. B. wenn Jemand die freiwillige Verzichtleistung auf ein gewisses Recht ableugne, welches im Grunde nichts anders sey, als die bejahende Behauptung, daß er durch Furcht und Zwang dazu genöthigt worden sey (64). Diese Distinctionen haben sich auch lange in den Schriften der Rechtsgelehrten wörtlich erhalten, wie die Pandekten-Commentare des **Voet, Lauterbach, Meier** u. a. m. tit. de probat. beweisen.

Die

(62) L. 5. §. 1. D. *de probat.* (Note 32)

(63) L. 3. C. eod.

(64) cap. 5. X. *de renunciat* (I. 9.) *Böhmer* J. E. P. II. 19. 5.

15 Die neuern Rechtsgelehrten haben zum Theil andere, in der Sache selbst aber doch ähnliche Versuche gemacht, oder sich mancher gezwungenen Erklärung bedient, je nachdem sie entweder jene Regel, daß der verneinende Theil nicht schuldig sey, zu beweisen, als gültig anerkannten, oder doch derselben nicht völlig ausweichen zu können glaubten. Hellfeld (65) behält den Satz: adfirmanti incumbit probatio bei, gibt aber folgende Erklärung an: Pro adfirmante vero habetur is, qui factum quodam dubium pro se contra alterum in judicio allegat. Qui facto contra se allegato contradicit, negare dicitur, et recte se habet JCrorum regula: Affirmanti, non neganti, incumbit probatio. Juris vero praesumtio affirmantem liberat ab onere probandi. Nach dieser Deutung würde adfirmare nicht bloß das eigentliche Bejahen, sondern jede Behauptung überhaupt, mithin auch die an sich verneinende, unter sich begreifen. Hiegegen wäre nun freilich nach dem Sprachgebrauche überhaupt nichts mehr zu erinnern (66), wiewohl die Rechtsgelehrten den Ausdruck mehr in jener engern Bedeutung

(65) Jurisprud. forens. §. 1153.

(66) *Gesner* thesaur. erudit. et ling. Rom. art. *affirmare.*

tung zu nehmen pflegen. Die Regel selbst würde also einen ganz andern Sinn erhalten, als derjenige ist, den die Vertheidiger derselben damit verbinden, und sich selbst der Wahrheit mehr nähern, freilich aber als Regel für die Bestimmung der Verbindlichkeit zu beweisen, überhaupt nicht ganz erschöpfend seyn, da diese Verbindlichkeit nicht immer von dem **Anführen** eines **Umstands**, sondern davon abhängt, ob eine bestrittene oder zweifelhafte Thatsache zur Begründung eines Antrags gehört, gesetzt auch, daß er von dem, der den Antrag macht, nicht angeführt worden sey. Allein aus einer andern Behauptung des erwähnten Rechtslehrers (67) erhellet sogar, daß er jener Regel, auch in ihrem gewöhnlichen Sinne, nicht abgeneigt gewesen sey. Er tritt in der bekannten Controverse über die Beweisführung bei der Negatorienklage denen, welche dem Verklagten die Last des Beweises auflegen, aus dem Grunde bei, weil der Kläger sich in negativa gründete. **Schmidt** vertheidigt die Befreiung vom Beweise eines verneinenden Satzes gleichfalls, und sucht nur durch eine nähere Bestimmung wahrer Verneinungen den Mißbräuchen und der unrichtigen Anwendung jener

Regel

(67) §. 687. ibid.

Regel zuvorzukommen. „Der Kläger, sagt er, „hat alle auf den Klagegrund sich beziehenden, von ihm bejahten Thatumstände, welche in die Entscheidung der Sache einen Einfluß haben, insbesondre welche zu des Beklagten Verurtheilung dienlich sind, und von diesem geleugnet werden, darzuthun — Was im Gegentheil der Kläger nicht bejahet, sondern vielmehr verneinet, das braucht er nicht zu beweisen, wenn es nur in einer wahren, nicht aber bloß scheinbaren Verneinung besteht, und er überdem dabei keine rechtliche Vermuthung wider sich hat. Eine wahre Verneinung ist, wodurch mit den Worten den Gedanken nach etwas, daß es nicht geschehen, oder nicht sey, zu erkennen gegeben wird. Eine bloß scheinbare Verneinung aber ist, wodurch nur nach dem bildlichen Ausdruck der Worte, nicht aber den Gedanken nach, daß etwas nicht geschehen oder nicht sey, angedeutet wird, wo also unter den Worten vielmehr eine wahre Bejahung verborgen liegt, die er mithin zu beweisen hat. Der Richter muß daher alle Vorsicht bei Auflegung des Beweises anwenden, daß er einen in der That bejahenden Satz nicht etwa verneinend abfasse“ (68). Bei dem Be-

(68) Lehrb. v. gerichtl. Klagen u. s. w. §. 80. a. b.

Beweise der Einreden wird natürlich eben so unterschieden. Die Regel ist auch hier: „daß Verklagter alle auf den Grund seiner Einrede sich beziehenden, von ihm bejahten Thatumstände, welche auf die Entscheidung Einfluß haben, und vom Kläger nicht eingestanden worden, beweisen muß; hingegen, was er nicht bejahet, sondern vielmehr verneinet, das braucht er, falls er keine Vermuthung wider sich hat, nicht zu beweisen, voraus gesetzt, daß es eine wahre verneinende Einrede sey, d. i. den Gedanken, nicht bloß den Worten nach, welche sogar äußerlich das Gepräge einer Bejahung haben können; z. B. die Einrede, Kläger habe sich an der Gesetzfrist versäumt, ist verneinend; denn sie bedeutet, er habe seine Obliegenheit nicht beobachtet; Kläger muß also darthun, daß er binnen der Zeit seiner Obliegenheit gemäß gehandelt habe. Hingegen eine bloß scheinbar, d. i. den Worten, nicht den Gedanken nach, verneinende Einrede, exceptio negativa praegnans, s. implicite affirmans, wo in der That eine wahre Bejahung vorhanden ist, muß vom Beklagten erwiesen werden. Z. B. die Einrede, Kläger oder dessen Gut sey nicht frei, besteht in der Bejahung einer Dienstbarkeit; ferner die Einrede, Kläger sey nicht abwesend gewesen, enthält den Gedanken

nach die Bejahung, Kläger ist gegenwärtig gewesen, imgleichen der Ausdruck, die Sache ist ohne alles mein Verschulden nicht mehr vorhanden, bedeutet, die Sache ist verunglückt, so auch der Vorwand, die Sache ist nicht unwahr, zeigt an, sie ist wahr; denn eine doppelte Verneinung ist eine Bejahung, so wie, wenn der Beklagte leugnet, daß er die Schuld nicht bezahlt habe. Will demnach der Beklagte den Beweis einer wahren bejahenden Einrede von sich ablehnen, so muß eine für ihn streitende Vermuthung vorhanden seyn" (69). — Da aber verneinende Sätze sich überhaupt leicht in bejahende, und diese wieder in jene umkehren lassen, so sieht ein Jeder, alles Andere bei Seite gesetzt, sehr bald ein, wie wenig dies Alles hinreichen würde, um nach dem Zwecke des angeführten Verfassers eine sichere Norm in vorkommenden Fällen zu haben.

Die Erklärung, welche hier von der wahren und scheinbaren Verneinung gegeben wird, erfüllt diesen Zweck lange noch nicht. Denn es ist gut genug, zu sagen, daß eine wahre Verneinung es den Gedanken, nicht bloß den Worten nach, seyn müsse, und man sieht wohl, daß der Verfasser auf den

In-

(69) Ebendas. §. 132.

Inhalt des Satzes, nicht bloß auf die logische Form will gesehen wissen, wonach ein Satz bejahend oder verneinend ist, nachdem er das Subjekt mit dem Prädikat verbindet, oder dieses von jenem trennt. Daß das letztere hier gar nicht in Betrachtung kommen könne, hat freilich seine Richtigkeit, da nichts leichter ist, als einen bejahenden Satz durch Umtauschung seines Prädikats mit einem entgegenstehenden in eine ganz identische Verneinung, und diese eben so in eine gleichbedeutende Bejahung willkührlich umzuschaffen. Ob man sagt, daß eine Person noch minderjährig, oder daß sie nicht großjährig sey, ist dem Inhalte nach eins und dasselbe, obgleich der Form nach jenes bejahend und dieses verneinend ist. Woran erkennt man es aber, was diese Sätze an sich betrachtet und ihrem Inhalte, oder wie Schmidt sagt, den Gedanken nach, eigentlich sind. Das wollen wir eben wissen, und darüber gibt er uns keine nähere Auskunft. Von jener bejahenden Form kann man sagen, daß eine Verneinung, und von der verneinenden, daß eine Bejahung dabei zum Grunde liege. Dies bringt also die Sache nicht aufs Reine. Ein neuerer Schriftsteller C. C. G. **Schneider** (70), welcher die Lehre, daß Verneinungen

(70) Vollständige Lehre vom Beweise, §. 15. u. f. w.

nungen der Regel nach nicht bewiesen werden dürfen, gleichfalls vertheidigt, glaubt ein zuverlässiges Realkriterium des Bejahens und Verneinens angeben zu können, welches auf den Begriffen von **Bleiben** und **Veränderterwerden** beruhe. „Der Satz nämlich, der die erfolgte **Veränderung** eines gewissen, als bekannt angenommenen ursprünglichen Zustandes ausdrückt, ist ein **bejahender**, und derjenige, welcher die **Fortdauer** dieses Zustandes ausdrückt, ist ein **verneinender** Satz. Wenn ich also sage, **A. lebt noch**, so ist mein Satz **realverneinend**, eben so gut, als wenn ich sagte, **A. ist nicht gestorben.** Und wer dagegen behauptet, **daß A. nicht mehr am Leben sey**, der drückt die durch seinen Tod erfolgte **Veränderung** des ursprünglichen Zustandes **realbejahend** aus. Wenn der Gläubiger zu seinem Schuldner sagt: du bist mir das erhaltene Darlehn noch schuldig, und dieser darauf antwortet, Ich bin dir nichts mehr schuldig, so drückt sich nach dem Formalbegriffe, Jener bejahend, und Dieser verneinend aus. Nach dem Realbegriffe aber verhält sichs umgekehrt: denn Jener behauptet den **fortdauernden**, Dieser aber den, durch die geschehene Tilgung, **veränderten** Zustand.“ Ganz einleuchtend richtig und befriedigend ist dies aber nicht.

Denn

Denn Erstlich ist doch das Wesentliche aller Bejahung und der Verneinung darin zu setzen, daß erstere ein gewisses Seyn, oder die Verbindung eines Prädikats mit dem Subjekte, letztere ein gewisses Nichtseyn, oder die Nichtverbindung des Prädikats mit dem Subjekte andeuten. Dies verkennt auch der angeführte Schriftsteller an sich nicht. Nun ist aber nicht abzusehen, warum der Satz: A. lebt, oder lebt noch, da er doch offenbar ein Seyn oder ein noch fortgesetztes Seyn ausdrückt, und so auch jeder andere Satz, der ein Bleiben oder fortgesetztes Seyn andeutet, nicht als bejahend müßte angesehen werden. Zweitens würde das von dem Verfasser angegebene Realkriterium keineswegs erschöpfend seyn, um danach die Qualität aller und jeder in den Gerichten vorkommenden Thatsätze richtig bestimmen zu können. Wahr ist es, daß Handlungen, wodurch etwas unternommen wird, und Begebenheiten, wodurch etwas geschieht, allemal in einer Veränderung bestehen, und daß die Behauptung einer solchen Veränderung bejahend sey. Allein nicht immer ist in den Sätzen, bei denen die Frage vom Beweise vorkommt, von Handlungen und eigentlichen Begebenheiten, oder deren Unterbleiben, sondern oft auch von Eigenschaften und Verhältnissen — id

quod

quod facti est — die Rede. Hiefür gibt jenes Realkriterium nichts weniger als eine zuverlässige Auskunft. Wenn behauptet wird, daß Jemand ein Sklave sey, daß das gekaufte Haus oder Pferd diesen oder jenen Fehler habe, daß dieser Fehler dem Käufer bekannt, oder doch ein offenbarer Fehler gewesen sey, sollen nun diese Sätze nach jener Vorstellung realbejahend oder verneinend seyn. Ersteres würden sie nicht seyn, da sie nicht gerade die Veränderung eines bisherigen Zustandes ausdrücken; aber auch das letztere, nämlich verneinend in so fern nicht, als der Satz sich nur auf das vorkommende Vorhandenseyn, nicht auf das Bleiben oder Fortdauern eines gewissen als bekannt angenommenen ursprünglichen Zustandes im Gegensatz einer nicht eingetretenen Veränderung desselben, beziehet. Die Frage ist, ob Jemand frei oder leibeigen sey, nicht ob er ursprünglich das eine gewesen, und nachher erst das andere geworden, oder jenes geblieben sey.

Drittens. Es kann nicht fehlen, daß die von dem Verfasser als Hauptgrundsatz angenommene Regel: Neganti non incumbit probatio, nach jenem Realkriterium beurtheilt, in der Anwendung noch weniger mit den Gesetzen übereinstimmen würde, indem vermöge desselben noch manche Sätze

in

in das Gebiet der Verneinungen gerathen, die man sonst doch unstreitig noch als bejahende hat gelten lassen. Die ganze Sache wird wenigstens dadurch immer noch schwankender, als sie es an sich schon ist. Wenn der Inhaber einer, auf die Lebenszeit eines **Dritten**, versicherten Leibrente die Auszahlung verlangt, so gründet er sich in der Thatsache, daß dieser Dritte noch am Leben sey, mithin nach des Verfassers Vorstellung in einer Verneinung, der Beklagte hingegen, der jene Thatsache, nämlich die Lebensfortdauer des Dritten, bestreitet, würde sich in der Bejahung einer entgegenstehenden Naturbegebenheit gründen. Die Frage ist also, wer den Beweis zu führen übernehmen müsse? Der Verfasser berührt diese Frage, erklärt sich aber da, wo er sie aufwirft ([71]), nicht bestimmt darüber. Nach den vorhin vorgetragenen Grundsätzen aber ([72]) muß man wohl annehmen, daß er dem Beklagten wohl den Beweis, der Abwesende sey gestorben, auferlegt haben wolle. Diesem aber steht unstreitig entgegen, daß das Leben eines Menschen, so wie der Tod, res facti ist, und folglich das eine so gut, wie das andere, von dem erwiesen werden muß, dessen Antrag sich in jenem, oder

([71]) S. 422.

([72]) §. 26. S. 16.

oder in diesem gründet. Indem nun der Verklagte das Leben des abwesenden Dritten bestreitet, so wird dem Kläger offenbar ein Umstand abgeleugnet, dessen Wahrheit wesentlich bei der Leibrentenforderung, als eine Bedingung, ohne welche diese nicht Statt findet, vorausgesetzt wird, und hieraus folgt von selbst, daß der Kläger den abgeleugneten Klagegrund — von dieser Seite und nicht bloß als Einrede des Verklagten muß die Gegenbehauptung des Letztern betrachtet werden — zu beweisen schuldig sey. Daß ihn eine rechtliche Vermuthung des Lebens von diesem Beweise befreie, dafür gibt es keine gesetzliche Vorschrift, und was der Gerichtsgebrauch in andern Rücksichten bei der Erbfolge zu beobachten pflegt, steht hier ganz außer Anwendung.

Vielleicht würde man, wenn es darauf ankäme, die wahre und scheinbare, oder die Realverneinung von der bloß formalen zu unterscheiden, die Sache ganz einfach dahin bestimmen können, daß Sätze, die, in welcher Form sie auch vorkommen mögen, doch eigentlich nur durch die Vorstellung eines gewissen Nichtseyns, oder der Aufhebung des Gesetzten erkennbar sind, als an sich und dem Inhalte nach verneinend zu betrachten

sind,

sind, dahingegen diejenigen, welche zwar in verneinender Form ausgedrückt werden, aber darum doch eigentlich durch die Vorstellung eines Seyns, oder durch das Setzen einer Sache erkennbar sind, nur bloß der Form nach als verneinend gelten können. Z. B. die Sätze, das Haus oder Gut ist frei, das Geld ist nicht bezahlt, sind an sich verneinend, da auch jener nicht anders, als durch die Verneinung, daß keine Lasten auf der Sache haften, näher bestimmbar ist; hingegen die Sätze, das Haus ist nicht frey, Cajus ist nicht minderjährig, würden nur der Form nach verneinend, an sich aber und dem Inhalte nach bejahend seyn, weil sie nur durch die Bejahungen erklärbar sind, daß das Haus mit Lasten beschwert ist, daß Cajus schon über 25 Jahre alt ist. Allein in der That kommt auf alles Dieses bei der Frage, wovon hier die Rede ist, eigentlich gar nichts an, da die ganze Regel, worauf es sich bezieht, an sich schon aus unleugbaren Gründen falsch ist, und verneinende Sätze so gut als bejahende von dem erwiesen werden müssen, dessen gerichtlicher Antrag darauf beruhet.

Die Rechtshändel werden mithin allemal aus 16 einem ganz falschen Gesichtspunkte beurtheilt, wenn

die

die Urtheilsfasser bei der Festsetzung des status controversiae und bei der Abfassung des Beweisinterlocuts nicht von der gehörigen Prüfung, was eigentlich in jure et facto zur Begründung der vorkommenden gegenseitigen Anträge wesentlich vorausgesetzt wird, ausgehen, sondern statt dessen sich durch die Vorträge der Parteien und ihrer Rechtsfreunde verleiten lassen, in die armselige Wortklauberei über die Qualität der Sätze hineinzugehen, und den Bejahungen nachzuspüren, um dem, der diese behauptet, mit der Last des Beweises anzudienen, und die Verneinungen dagegen in Schutz zu nehmen.

Leyser (73) erzählt folgende Fälle, die als Beispiele zur nähern Erläuterung dienen mögen. Ein Kaufmann gab vor, daß er der Post eine Geldsumme, die nach Nürnberg bestimmt gewesen sey, übergeben habe, daß das Geld aber weder in die Postcharte eingetragen, noch in Nürnberg angekommen sey. Er verlangte also von dem Postmeister, dem er es eingehändigt haben wollte, den Ersatz des Geldes. Der Beklagte leugnete in seiner Antwort die erwähnten Thatsachen insgesammt;

(73) Med. ad Pand. 255. m. 3. 4. vergl. *Müller* ad eund. Tom. III. obs. 450. pag. 67.

sammt; und Kläger ward schuldig erkannt, diese zu beweisen. Er suchte zwar dagegen auszuführen, daß er mit dem Beweise bloßer Verneinungen, wie sie in der Klage vorkämen, nicht zu belästigen sey. Allein die Fakultät zu Wittenberg bestätigte den vorigen Ausspruch, theils weil der Klagevortrag sich in Verneinungen gründete, theils weil diese hier auch leicht durch die Abhörung dessen, an den das Geld hätte gelangen sollen, und mittelst der Postcharte, die der Beklagte auf des Klägers Verlangen ediren müsse, zu beweisen wären. Leyser selbst war ganz anderer Meinung, und fand beide Entscheidungsgründe höchst unzutreffend. Wahr ist es, was den ersten betrifft, daß, wenn doch ein Mal der Satz: negantis non incumbit probatio, in der gewöhnlichen Bedeutung, als Regel augenommen wird, alsdann die Ausnahme: nisi quis in negativa se fundet, etwas sonderbar ausfällt; und Leyser hatte in sofern ganz recht, wenn er dagegen vorher erinnerte, daß dies eben so viel sey, als behaupten, daß der Verneinende immer beweisen müsse, da von dem Beweise eines Satzes überhaupt nur dann die Rede seyn könnte, wenn sich ein gerichtlicher Antrag darauf gründete, mithin eine Ausnahme, welche die ganze Regel an sich schon aufhöbe, nicht anzunehmen

sey.

sey. Den zweiten Grund verwarf er darum, weil es, um von jener Regel abzuweichen, nicht genügte, daß der Beweis einer Verneinung in irgend einem Falle wohl ein Mal möglich wäre, da doch die entgegengesetzte Bejahung sich wenigstens immer leichter beweisen ließe. In diesem Einwurfe wird man aber nicht füglich dem Leyser beipflichten können, wenn man anders zugeben muß, daß die Auflegung des Beweises nach Rechtsgründen, nicht aber nach der größern oder geringern Schwierigkeit, ihn zu führen, bestimmt werden müsse. Indeß war vielleicht in einem andern Betrachte dem Kläger doch zu nahe geschehen. Nicht weil man ihm negativam zu beweisen aufgebürdet hatte, denn darauf würde nichts ankommen, sondern weil man über seinen Klagegrund hinausgegangen, und ihm mehr zu beweisen auferlegt war, als dieser selbst eigentlich voraussetzte. Mehr, als daß er die Gelder dem Postmeister übergeben habe, war nicht nöthig, um den Verklagten, wegen seiner Verbindlichkeit, das Empfangene nach dem bestimmten Ort, so weit es ihm oblag (74), zu be-

för-

(74) d. i. zur nächsten Station. — Eine andere Meinung Leysers spec. 66. med. 6. von der Verpflichtung mehrerer Postmeister auch einzeln in solidum

ist

fördern, in Anspruch zu nehmen. Die Annahme des ihm Anvertrauten war also schon ein hinreichender Grund, ihn zur Wiedererstattung zu verurtheilen, wenn er seiner Seits nicht zeigen konnte, daß es da, wohin er es zu liefern hatte, richtig angekommen sey. Dem Kläger lag also auch nur ob, jene Abgabe des Geldes an den Beklagten zu beweisen. Daß er dabei in der Klage angeführt hatte, Verklagter habe seiner Verbindlichkeit nicht genügt, das Geld nicht in der Posicharte eingetragen, und dasselbe sey zu Nürnberg nicht angekommen, alles dieses gehörte eigentlich nicht mehr zum Grunde der Klage an sich, sondern betraf die mögliche Erwiederung des Beklagten, daß er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, und konnte daher dem Kläger nicht zum Beweise ausgestellt werden. Es geschieht ja täglich, daß der Kläger in seinem Libell anführt, Beklagter habe das Schuldige, aller gütlichen Erinnerung ungeachtet, nicht geleistet;

ist nicht füglich anzunehmen, und die Correalverbindlichkeit mehrerer Depositarien, welche die Sache zugleich und gemeinschaftlich aufbewahren müssen, kann hier nicht angewandt werden, wo jeder Einzelne seine Schuldigkeit ganz erfüllt, wenn er die Sache an den Nächstfolgenden befördert hat.

stet; und doch wird es wohl nicht leicht einem Richter einfallen, dem Kläger den Beweis dieses Anführens aufzulegen, oder wenn er ihn, wie billig, damit verschont, den Grund nur aus der verneinenden Angabe herzunehmen. In einem andern Rechtsstreit ward dem klagenden Pachter der Beweis auferlegt, a) daß er von dem zum Gute gehörigen Vieh des Verpachters Nichts zurückbehalten, und b) daß er die Gebäude nicht in einem verschlimmerten Zustande zurückgelassen hätte (75). Dies veranlaßte einen neuen Rechtsgang über die Frage, in wiefern dem Kläger der Beweis einer Verneinung anzusinnen sey? Man hätte aber diesen Punkt ganz bei Seite setzen können, und alles, was hierüber sowohl in den Verhandlungen der Parteien, als auch in den Entscheidungsgründen des anderweitig ergangenen Urtheils vorkam, verfehlte die richtige Ansicht der Sache gänzlich. Beide Beweissätze ergeben, daß dem Kläger die Nichterfüllung dessen, wozu ihn der Contrakt, und zum Theil auch schon die Natur des Rechtsverhältnisses verband, entgegengesetzt seyn muß.

Ad a) war es die sogenannte exceptio non impleti, und ad b) non rite nec debito modo impleti

(75) *Leyser* ibid. med. 3.

pleti contractus. Ohne weitere Rücksicht auf bejahende und verneinende Behauptungen war also der Kläger schuldig, den ersten Punkt durch den Beweis, daß er das sämmtliche Vieh wieder abgeliefert hatte, zu elidiren, dahingegen ad b) dem Beklagten oblag, die fehlerhafte Beschaffenheit der Gebäude, wofür der Kläger verantwortlich seyn sollte, gehörig darzuthun. In der Sache selbst ward auch in der zweiten Instanz so erkannt, aber freilich nur aus den unzulänglichen Gründen, die man hier in der Qualität der Sätze, nach Form und Inhalt betrachtet, anzutreffen glaubte.

4.

Nähere Erläuterung der allgemeinen Regel nach den einzelnen Forderungen derselben.

Daß ein streitender Theil **freiwillig** einen 17
Beweis übernehmen könne, den er eigentlich zu führen entweder überhaupt oder zur Zeit noch nicht verpflichtet wäre, leidet zwar der Regel nach keinen Zweifel (76). Aber **schuldig** ist er dazu nur in so-

(76) L. 14. D. *de probat.* (Note 17.) Von antici-
pirten Beweisen handelt Gönner Handb. d. Proz.

sofern, als die Thatsachen, worauf der Beweis zu richten ist, zur Begründung eines Antrags gehört, durch welchen er Rechte und Befreiungen von Rechten Anderer, nunmehr geltend zu machen sucht. Also I) nur darauf kommt es an, ob die Thatsache, wovon die Rede ist, zur Begründung seines erwähnten Antrags gehört; mehr, als diese Begründung nothwendig erfordert, braucht er nicht zu beweisen; II) ob er jenen Antrag schon geltend zu machen sucht, folglich die Reihe des Beweises ihn treffen kann. Hingegen III) darauf, ob er eine solche Bedingung seines Antrags selbst für sich angeführt habe oder nicht, kommt es hier wesentlich gar nicht an, noch weniger, wie in dem vorigen Aufsatze gezeigt ist, darauf, ob es verneinende oder bejahende Sätze sind, welche diese Bedingung ausdrücken, genug daß der Antrag darauf beruhet, und, daß IV) die Thatsache nicht schon zugestanden, oder wirklich ausgemacht ist. Alles dieses wird zum Theil noch etwas näher zu erläutern seyn.

h)

II. 307. besonders 347. Wenn der Verklagte den Klagegrund geleugnet hat, und sich doch, ehe dieser bewiesen worden, auf den Beweis seiner Einreden einläßt, so ist das unstreitig ein anticipirter Beweis.

I) Die vorzüglichste Schwierigkeit bei Bestimmung der Frage: Wer beweisen müsse? kommt in der Anwendung daher, daß die Richter nicht sorgfältig genug die Thatsachen, welche eigentlich das Fundament des Klagevortrags, der Einreden, der Replik und der Duplik u. s. w. ausmachen, zu bestimmen und zu unterscheiden suchen. Freilich erfordert das eine gründliche Kenntniß dessen, was der Antrag, sowohl des Klägers, als des Beklagten, wesentlich voraussetzt. Dies muß ein Jeder, wenn der Gegner es nicht zugesteht, beweisen (77), mehr darf ihm aber auch in diesem Betrachte darzuthun nicht angesonnen werden. 18

Die

(77) L. 4. D. *de probat.* Emtorem probare debere, eum servum, de quo quaeritur, antequam emeret, fugisse. Daß der gekaufte Sklave nach geschlossenem Kaufe davon gegangen ist, berechtigt den Käufer noch nicht, sich an den Verkäufer zu halten, wenn er nicht beweisen kann, daß der Knecht schon vor dem Kaufe fugitivus war. *Pothier* Pand. Justin. tit. de probat. n. 17. L. 6. C. *ibid.* Rationes defuncti, quae in bonis ejus inveniuntur, ad probationem sibi debitae quantitatis solas sufficere non posse, saepe rescriptum est. Ejusdem juris est, et si in ultima voluntate defunctus certam pecuniae quantitatem, aut etiam res certas sibi deberi signi-

Die Begründung eines Rechts, einer Forderung, einer Befreiung oder Gegenforderung erheischt aber nichts mehr, als was zunächst in Beziehung auf dieses Recht, oder diese Befreiung, wovon die Rede ist, wesentlich und als Regel vorausgesetzt wird; die Thatsachen, welche hiezu gehören, müssen bewiesen werden, nicht aber auch äußerdem noch die allgemeinen Bedingungen aller Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt, die Abwesenheit der Hindernisse, die der Gültigkeit oder Wirksamkeit eines Vorgangs entgegentreten können. Wer aus einem Darlehn, aus einem Kaufcontrakt u. s. w. klagt, hat nichts weiter zu beweisen nöthig, als daß er, oder sein Vorgänger dem Beklagten, oder dem, an dessen Fakta dieser gebunden ist, das Geld angeliehen, mit ihm den Contrakt u. s. w. geschlossen habe, nicht aber, daß der andere Contrahent zu der Zeit großjährig, sanae mentis, und überhaupt über das Seinige zu verfü-

ficaverit. — L. 15. D. *ibid.* (Note 23.) L. 21. *ibid.* (Note 18) L. 23, C. *ibid.* Actor, quod adleverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit: cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. Vergl. L. 3. 12. 21. C. *eod.*

fügen befugt gewesen sey. Dies gehört keineswegs zur Bewahrheitung des Vorgangs selbst, worauf die Forderung gegründet wird. Dieser schränkt sich darauf ein, daß das Geld angeliehen, daß gegenseitige Einwilligung zum Kaufe, oder zu irgend einem andern Handel erklärt sey. Damit hat also der Kläger sein Recht oder seine Forderung an sich gerechtfertiget. Will aber der Beklagte aus physischen oder rechtlichen Gründen, die verbindende Kraft oder Gültigkeit des äußerlich zum Zweck der Klage begründeten Vorgangs bestreiten, so liegt es ihm ob, die Ausflüchte, die er daraus hernimmt, gehörig zu bewahrheiten.

Wer daher gemeine oder gleiche Rechte in unleugbaren, oder gegenseitig anerkannten Verhältnissen geltend zu machen sucht, darf den Beweis, daß in Ansehung seiner besondere Hindernisse, Ausnahmen, oder Einschränkungen eintreten, allerdings vom Gegner erwarten (78).

Wer aber ein besonderes Recht, was selbst eine Ausnahme von der Regel mit sich führt, zu verfolgen sucht, der muß auch natürlich die beson-

(78) L. 5. *de probat.* S. den zweiten Aufsatz Note 1. Cap. ult. x. *de praesumt.* im vorhergehenden fünften Aufsatz Note 13.

dern Verhältnisse, welche das jus singulare vorausſetzt, beweisen. Hieraus erklärt es sich von selbst, warum derjenige, der einen Handel der Minderjährigkeit wegen anfechten, oder sonst beneficia aetatis geltend machen will, den Beweis des minderjährigen Alters übernehmen, nicht aber der Gegner den Beweis der Großjährigkeit führen müsse. Es ist gar nicht nothwendig, vielmehr ganz unrichtig, hiebei erst noch besondere Rechtsvermuthungen einzumischen. An sich wird weder die Großjährigkeit noch die Minderjährigkeit vermuthet. Genug daß Hindernisse der Gültigkeit eines Geschäfts oder der Erwerbung eines Rechts in Fällen, wo beide der Regel nach Statt finden, imgleichen Verhältnisse, welche Ausnahmen von der Regel des Rechts erzeugen sollen, nicht vermuthet werden. Dies bringt den Beweis von selbst auf den, der ihn eigentlich führen muß. Höchst unschicklich sind hier alle bestimmten Vermuthungen im Gegensatz. Wenn sich wohl sagen läßt, daß das minderjährige Alter nicht vermuthet werde, so läßt sich doch darum noch keine rechtliche Vermuthung für die Großjährigkeit eines Subjekts aussagen (79).

Cel-

(79) Wie das wohl einmal auctoritate *Menochii* de praesumt. II. 50. 1. vorkommt.

Celsus (80) erzählt einen Rechtsfall, der im 19
Ganzen hier zur Erläuterung dienen kann. Ein Testator hatte Jemanden eine gewisse Quantität im Testamente, und eben so viel auch im Codicill vermacht. Der Legatar forderte also beide Summen. Der Erbe wollte nur das Einfache zahlen. Es kam darauf an, ob der Testator, da der Nachzettel gerade dieselbe Summe bestimmte, etwa dessen, was er schon im Testamente geordnet hatte, nicht eingedenk gewesen war, ob er das erste Vermächtniß nur habe wiederholen, oder verdoppeln wollen. Wem sollte daher der Beweis auferlegt werden? Beim ersten Anblick, sagt der Jurist, möchte es scheinen, dem Legatar, als Kläger. Dennoch ward für das Gegentheil entschieden. Denn die Forderung des Legatars war durch das Testament und durch den Nachzettel auf beide Summen hinlänglich begründet. Die Gegenbehauptung, daß der Testator in beiden Verfügungen nur eins und dasselbe gemeint habe, gehörte zu den Einreden des Erben, die er auch beweisen müßte. Hieraus ergibt sich für ähnliche Fälle die Anleitung, daß vor allen Dingen wohl zu prüfen sey, ob die Gegenbehauptung des Beklagten, er

mag

(80) L. 12. D. *de probat.* (Note 34.)

mag sie einkleiden, wie er will, zu den bloßen Bestreitungen der Wahrheit des Klagegrunds, oder zu den Einreden, wodurch auch die begründete Klage abgelehnt werden soll, zu rechnen sey. In dem angeführten Rechtsfalle hatte der Kläger seiner Seits beigebracht, was man zur Begründung seiner Klage von ihm nur verlangen konnte, ein doppeltes Vermächtniß, in zwei verschiedenen Urkunden angeordnet. Eine weitere Darlegung der Absicht des Testators, und daß dieser sich nicht versehen, sondern wirklich das gewollt habe, was die zwiefache Verfügung mit sich brachte, alles dieses gehörte nicht mehr zur Begründung der durch das Testament und den Nachzettel hinlänglich documentirten Klage; daher in diesem Betrachte die Gegenbehauptung des Erben von diesem auch erwiesen werden mußte. Käme aber dergleichen Wiederholung selbst im Testamente an verschiedenen Stellen ohne nähere Erklärung vor, so würde vermöge einer andern Entscheidung (81) die Klage

des

(81) L. 34, §. 3. D. *de legat.* 1. Sed si non corpus sit legatum, sed quantitas eadem in eodem testamento saepius, Divus Pius rescripsit, tunc saepius praestandam summam, si evidentissimis probationibus ostendatur testatorem multiplicasse legatum voluisse,

Idem-

des Legatars auf beide Summen durch das Testament allein noch nicht für hinlänglich begründet zu achten seyn, mithin ward dort dem Legatar ein beserer Beweis auferlegt, daß der Testator ihm die Summe nicht einfach, sondern doppelt zugedacht habe.

Wenn Jemand die Verbindlichkeit, einem Andern etwas zu leisten, oder für einen gewissen Nachtheil zu haften, anerkennen muß, und solche an sich nicht ablehnen kann, so gehört jeder Vorwand, wodurch er sich außer Schuld zu setzen sucht, zu den Ausflüchten, die er, da sie nur auf seine Befreiung abzielen, beweisen muß. Die Obrigkeit, welche für tüchtige Vormünder und Bürgen zu sorgen hat, kann daher, wenn sie actione subsidiaria belangt wird, und dagegen vorschützen will, daß die Vormünder zur Zeit der Bestellung und Annahme nicht untüchtig, sondern sicher und gut gewe-

Idemque et in fideicommisso constituit. Ejusdem rei ratio evidens est: quod eadem res saepius praestari non potest; eadem summa volente testatore multiplicari potest. vergl. was species certas anbetrifft § 1. 2. 4. *ibid.* Westphal von Vermächtnissen II. S. 1345.

gewesen wären, den Beweis dieser Behauptung nicht ablehnen (82).

21 Ueberhaupt ist die Frage, welchem der strei-

tenden Theile die Beweisführung obliege, wenn es zweifelhaft ist, ob ein entstandener Schaden durch Vorsatz, oder Fahrlässigkeit, oder durch Unglücksfälle veranlaßt sey? bekanntlich unter den Rechtsgelehrten streitig. Es wird nicht nöthig seyn, uns hiebei mit einer weitläufigen Angabe der verschiedenen Meinungen aufzuhalten (83). Die Schwie-

rig-

(82) L. 1. §. 13 D. de magistr. conven. (XXVII. 8.) Probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat fidejussores solvendo non fuisse, cum acciperentur, sed magistratibus, ut doceant eos solvendo fuisse. L. 3. C. *de probat.* Ex persona collegae avi vestri conveniri non debetis, si eundem collegam tempore depositi officii (solvendo) fuisse ostenderitis. L. 11. D. *ibid.* Non est necesse pupillo probare, fidejussores pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse: nam probatio exigenda est ab his, quorum officii fuit providere, ut pupillo caveretur.

(83) Man vergleiche hierüber *Leyser* Medit. ad Pand. 176. 5 u. 6. Höpfner Commentar d. Institut. §. 761. N. 4. Glücks Pandekten Th. 4. §. 324. und 327. Meister prakt. Bemerk. aus d. Civil-

u.

rigkeiten, welche dieser Punkt in der Theorie, und in der Beurtheilung vorkommender Rechtshändel zu haben scheint, werden sich sehr verlieren, wenn man auch hier nur vor allen Dingen genau zu unterscheiden sucht, was eigentlich zur Begründung der angestellten Klage oder der Replik des Klägers und was dagegen zur Rechtfertigung der Einreden oder der Duplik des Beklagten gehört. Hat man dies erst gehörig aufs Reine gebracht, so wird kaum noch ein Zweifel weiter Statt finden, was Jener, und was dieser zu beweisen habe. Die allgemeine Beantwortung der aufgeworfenen Frage kann also keine andere als diese seyn: Jeder Theil muß den Umstand, worauf es ankommt, also die gegenseitige Verschuldung, oder die Veranlassung eines Erfolgs durch Unglücksfälle beweisen, in sofern die Ansprüche auf Rechte oder Befreiungen, die er eben geltend zu machen sucht, von der Wahrheit dieser Thatsachen abhängen. In der Anwendung aber muß auf die besondern Verhältnisse gesehen werden, welche das Recht des Einen, und die Verantwortlichkeit des Andern in Ansehung des vor-

u. Criminalr. II. 6. *Wehrn* doctr. jur. de damno §. 20. E. G. Schmidt Commentar von gerichtl. Klagen. Th. 4. §. 958.

vorkommenden Gegenstands näher bestimmen. Unstreitig muß derjenige, dessen Antrag, den er gegenwärtig geltend zu machen sucht, dolum oder culpam des Gegners zu seiner Begründung nothwendig voraussetzt, diesen faktischen Grund auch in Gewißheit setzen, so wie im Gegentheil derjenige, welcher an sich begründete Ansprüche Anderer jetzt nur noch durch den Vorwand unverschuldeter Unglücksfälle oder einer Verschuldung des Gegners abzulehnen vermag, solches unstreitig beweisen muß, wenn er nicht sachfällig werden will. Wird also Jemand Erstlich wegen der Beschädigung oder des Ruins einer Sache in Anspruch genommen, derentwegen ihm keine besondere Pflichten der Aufbewahrung oder Vorsorge — custodia — oblagen, so ist es wohl sehr einleuchtend, daß derjenige, der ihn gleichwohl der Sache wegen in Anspruch nehmen will, den Beweis übernehmen müsse, daß der Beklagte vorsätzlich, oder durch eine ihm zur Last fallende Unachtsamkeit den Schaden verursacht habe. Der Beschädigte ist hier immer in dem Falle sich einer Klage, sey es ex L. Aquilia, in factum, condictio furtiva etc. zu bedienen, welche dolum vel culpam des Gegners bestimmt voraussetzt, und wird also natürlich auch diese Thatsachen darthun müssen. — Zweitens ganz anders verhält

hält es sich, wenn der Beklagte wegen solcher Sachen belangt wird, die er einem Andern zu geben, oder zurückzuliefern hatte, deren custodia ihm also oblag. Hier ist die Klage, wodurch die Ablieferung oder Zurückgabe der Sachen, und in deren Ermangelung des Werths derselben, gegen den Beklagten verfolgt wird, durch das erwähnte Rechtsverhältniß, worin er in Ansehung des Objekts der Klage steht, an sich schon hinreichend begründet. Es bedarf also des Umstandes, daß der Beklagte vorsätzlich, oder durch Fahrlässigkeit Schaden oder Verlust zuwege gebracht habe, zur Rechtfertigung der Forderung des Klägers gar nicht. Dieser verlangt vielmehr seine Sache, und was der Beklagte ihm zu geben schuldig ist, aus dem Contrakt oder irgend einem andern Verhältnisse, welches dem Gegner jene Verbindlichkeit auflegt. Mehr als den Contrakt, oder dies Verhältniß, braucht also auch der Kläger nicht zu beweisen. Folglich gehört es offenbar zu den Einreden des Beklagten, wenn er sich mit einem nicht verschuldeten Untergang, einer ihm nicht zur Last fallenden fremden Entwendung, oder Beschädigung der Sache schützen will. Hier kann er also nicht den Beweis seiner Verschuldung vom Kläger verlangen, sondern

ihm,

ihm, dem Beklagten, kommt es zu, die erwähnten Einreden zu beweisen (84).

Führt der Kläger im Voraus dagegen mittelst anticipirter Replik in der Klage an, daß die Sache von dem Gegner dolo oder culpa beschädigt sey, so ist dies doch dann erst zu beweisen, wenn die Reihe der Beweisführung an die Replik des Klägers kommt, d. i. wenn Beklagter zuvor den faktischen Grund seiner Einreden, mithin eine solche Veranlassung des Untergangs oder der Beschädigung

(84) L. 5. C. *de pign. act.* (IV. 24.) Si creditor sine vitio suo argentum pignori darum perdiderit, restituere id non cogitur: sed si culpae reus deprehenditur, vel non probat manifestis rationibus se perdidisse: quanti debitoris interest, condemnari debet. — L. 9. §. 4. D. *locati.* (XIX. 2.) Imperator Antoninus cum patre, cum grex esset abactus, quem quis conduxerat, ita rescripsit: si capras latrones citra tuam fraudem abegisse probari potest, judicio locati casum praestare non cogeris, atque temporis, quod insecutum est, mercedes ut indebitas reciperabis. L. 3. §. 1. D. *commodati* (XIII. 6.) Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita (quae deterior facta redditur) nisi quod interest praestetur: proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur.

digung der Sache beigebracht hat, die, so wie sie von ihm erwiesen ist, seiner Seits keine Verschuldung mit sich führt, folglich ihn von den Ansprüchen des Klägers befreien muß, wenn dieser nicht jetzt dagegen zu zeigen vermag, daß ohne des Beklagten Verschulden oder ungebührliche verzögerte Pflichterfüllung — mora — der bewiesene Unglücksfall die Sache nicht getroffen haben würde, oder daß Beklagter die Mittel, um den nachtheiligen Erfolg abzulehnen oder zu mindern, nicht angewandt habe — casus mixtus — Drittens. Wenn Jemand zur Besorgung gewisser Geschäfte verpflichtet ist, und sich mit der Unmöglichkeit der Ausführung, oder mit deren Behinderung zu entschuldigen sucht, so versteht es sich wohl von selbst, daß er den Beweis der Thatsachen, worauf sich diese Einreden gründen, nicht ablehnen könne, und daß er besonders auch darthun müsse, seiner Seits das ihm Obliegende, so weit es thunlich war, befolgt, die Erreichung des Zwecks, so lange die Unmöglichkeit derselben noch nicht entschieden war, zu bewirken, und die Hindernisse abzulehnen, versucht habe. Jene Unmöglichkeit einer Ausführung kann dem keine Ausflucht geben, dessen Pflicht es war, ihr bei Zeiten zuvorzukommen, und der gleichwohl die

Mit-

Mittel hiezu außer Acht ließ. Dies ist es also, worüber er sich rechtfertigen muß.

22 Gesetzt nun, ein geliehenes oder gemiethetes Pferd oder irgend eine andere Sache kömmt in den Händen des Miethers oder Bergers um, oder wird beschädigt wieder geliefert, so entsteht die Frage: ob diese nachtheilige Veränderung durch Mißbrauch und Pflichtwidrigkeit des Inhabers, oder durch Unglücksfälle, wenigstens durch solche Ursachen veranlaßt sey, die der Miether oder der Leiher nicht zu vertreten hat? Soll also der Kläger jenes oder der Beklagte dieses beweisen? Nach den angeführten Gründen liegt unstreitig dem Beklagten, wenn er aus dem Mieh- oder Leihcontrakte belangt wird, der Beweis ob, daß der Grund des Untergangs oder des Schadens, den die Sache litten, entweder in einer schon in ihr vorhanden gewesenen Beschaffenheit gelegen hat, oder doch überhaupt durch pflichtmäßige Sorgfalt nicht habe vermieden werden können. Kann er diesen Beweis nicht führen, so ist und bleibt er schuldig, den Kläger zu entschädigen, ohne daß dieser mit dem Beweise einer vorsätzlichen oder culposen Pflichtwidrigkeit, wodurch der Beklagte den nachtheiligen Erfolg veranlaßt hätte, zu belästigen wäre,

wäre, da der Contrakt den Kläger unstreitig berechtigt, die Sache in dem Zustande, wie er sie dem Beklagten geliefert hat, wieder zu fordern, und der Beklagte dieser Forderung gerecht werden muß, wenn die Gegenbehauptung, daß der Schade durch Unglücksfälle, oder ohne eine von ihm zu verantwortende Schuld erfolgt sey, nicht außer Zweifel zu setzen vermag (85). Wahr ist es, wie Garve (86) richtig bemerkt, ein Verleiher, der eine schadhafte Sache verborgt, ohne es anzuzeigen, und, im Fall ihr ein Unglück begegnet, den ganzen Werth derselben zur Schadloshaltung fordert,

sucht

(85) Der hievon abweichenden Lehre Meisters in den prakt. Bemerkung. Th. 2. Nr. 6. Seite 76. kann ich nicht ganz beistimmen. Denn ob der Schade unverschuldet seyn konnte, darauf kommt es nicht, sondern nur darauf an, ob er es war. Eben weil die Sache so und anders seyn kann, ist sie zum Beweise zu verstellen, sonst müßte dieser ganz wegfallen. Aber daß darum, weil die Behauptung des Beklagten möglich ist, der Kläger den Beweis des Gegentheils übernehmen müsse, folgt gar nicht. Schwierig kann der Beweis auf beiden Seiten seyn, aber das thut hier nichts zur Sache.

(86) Anmerk. zu M. Payley's Grundsf. der Moral und Polit. II. 512.

sucht im Grunde Andere eben sowohl zu vervortheilen, als der Verkäufer, welcher eine schlechte Waare für gut verkauft. Und einen solchen Betrug können doch die Richter unmöglich unterstützen. Auf der andern Seite aber, was der angeführte Schriftsteller gleichfalls nicht in Abrede ziehet, würde doch auch der Mißbrauch und die Verwahrlosung fremden Eigenthums gegen Recht und Billigkeit begünstigt, auch die Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache an Andere zu sehr erschwert werden, wenn der Ausleiher oder Vermiether mit Beweisen jener Art, wozu es ihm sehr leicht an allen Mitteln fehlen kann, belästigt werden sollte (87). Der Vortheil des Publici vereinigt sich also hier, wie Garve mit Recht hinzufügt, mit den Begriffen der Billigkeit, den Rechten des Eigenthümers den Vorzug zu geben, und in zweifelhaften Fällen eher den Nießbrauchenden, als ihn leiden zu lassen.

23 Folgender Rechtsfall ist hier merkwürdig. Ein Kaufmann hatte von einer gewissen Assecuranzcompagnie etwas zu fordern. Er trug einigen Handlungsfreunden auf, und diese übernahmen es,

(87) Die Eidesdelation, worauf ihn Meister zurückweiset, ist leider, wie die Erfahrung zeigt, sehr mißlich.

es, die Berichtigung des Rückstandes bestens zu betreiben. Die Sache blieb aber unausgeführt, es erfolgte weder Geld noch Berechnung, und am Ende waren die Schuldner freilich nicht mehr zahlungsfähig. Der abwesende Gläubiger belangte also seine Bevollmächtigten actione mandati, und zog sie wegen des übernommenen, aber nicht besorgten Auftrags, zur Verantwortung. Die Beklagten wandten vor, daß sie ihrer Seits es an der gehörigen Einforderung nicht fehlen lassen, aber des angewandten Fleißes ungeachtet nichts hätten erhalten können. Der Kläger bestritt die Wahrheit dieses Vorgebens, und es kam darauf an, wer den Beweis zu führen habe? Der Kläger, daß Beklagte negligentes in exigendo gewesen wären, oder diese, daß sie zur Erfüllung des Auftrags das Nöthige versucht, aber nichts hätten erhalten können? In erster Instanz ward dahin erkannt:

Daß Kläger, wasmaßen Beklagter in Beitreibung des Einschusses von der dritten Assecuranzcompagnie sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen, Beklagtens Gegenbeweis vorbehältlich, zu erweisen schuldig.

Dies Urtheil ward zwar in der Restitutionsinstanz bestätigt; allein das vom Kläger abermal dagegen eingewandte Rechtsmittel hatte die Aktenversendung, und darauf ein ganz entgegenstehendes Erkenntniß zur Folge.

Nunmehr, hieß es, so viel zu befinden, daß das Interlocut vom u. s. w. nicht zu bestätigen, noch in Gemäßheit desselben Kläger, wasmaßen Beklagter in Beitreibung eines Einschusses von der dritten Assecuranzcompagnie sich einer Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen, zu beweisen schuldig, sondern es ist Beklagter, die 2100 Mark Bco sammt Zinsen des Verzugs von Zeit der erhobenen Klage, gegen Cession der desfalsigen Forderung an die Concursmasse an Klägern zu bezahlen schuldig, er könnte und wollte denn beweisen, daß er an seinem möglichsten Fleiße in Beitreibung sothanen Einschusses nichts ermangeln lassen, oder daß, alles anzuwendenden Fleißes ungeachtet, derselbe nicht zu erhalten gewesen.

Die Beklagten veranlaßten durch die hiergegen gesuchte Revision einen neuen Rechtsgang,

und

und es gelang ihnen durch das vierte Urtheil, die Herstellung des erstern zu bewirken:

der Materialien halber nunmehr so viel zu befinden, daß das letztere Erkenntniß wieder aufzuheben, und es dagegen bei dem erstern unterm — ergangenen Interlocute lediglich zu lassen sey.

Nach meiner Ueberzeugung war aber das vorige Urtheil, welches hier aufgehoben ward, den Rechten so gemäß, daß es billig dabei hätte bleiben müssen. Denn die Thatsachen, deren Beweis darin gefordert ward, gehörten allerdings zu den Einreden der Beklagten, und mit Recht ward ihnen daher die Beweisführung zur Pflicht gemacht (88). Der Rechtssatz, daß der Kläger seinen Klagegrund

(88) L. 11. D de *probat.* (Note 82.) L. 27. §. 2. D. *mandati* (XVII. 1.) Qui mandatum suscepit, si potest id supplere, deserere promissum officium non debet; alioquin, quanti mandatoris interfit damnabitur. Si vero intelligit explere se id officium non posse, id ipsum, cum primum poterit, debet mandatori nunciare: ut is, si velit, alterius opera utatur quod si, cum possit nunciare, cessaverit, quanti mandatoris interfit, tenebitur: si aliqua ex causa non poterit nunciare, securus erit.

beweisen müsse, konnte hier nicht zum Vortheil der Beklagten angewandt werden, da diese den übernommenen Auftrag, die Bezahlung der Gelder für Klägern zu befördern, bereits zugestanden hatten, folglich die Klage an sich schon hinlänglich begründet war (89), und es jetzt nur darauf ankam, ob sie die nicht geschehene Erfüllung dieses Auftrags zu rechtfertigen vermochten, welches offenbar zu den von ihnen zu beweisenden Einreden gehörte (90).

Ley-

(89) L. 5. §. 1. *ibid.* Et si susceptum non impleverit, tenetur. L. 6. §. 1. *ibid.* Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus: nec recte negotiorum gestorum cum eo agitur: nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum idcirco, quod mandatum susceperit; denique tenetur, etsi non gessisset. — cit. L. 27. §. 2. *ibid.* (Note 88.)

(90) L. 23. 24. 25. D. *ibid.* Sane si valetudinis adversae, vel capitalium inimicitiarum; seu ob inanes rei actiones; seu ob aliam justam causam excusationes alleget: audiendus est. — Natürlich muß er sie aber beweisen. Vergl. die Noten 82. u. 88. L. 19. pr. D. de *probat.* (Note 1. a.) §. 1. *ibid.* Cum quis promisisset, judicio se sisti, et Reipublicae causa abfuisse dicat, et ob id non stetisse, vel

dolo

Leyser und mit ihm auch andere Rechtsleh- 24
rer (91) sind der Meinung, daß der Kläger frei-
lich dann immer culpam des Beklagten beweisen
müsse, wenn er diese selbst in dem Klagevortrag
behauptet hätte. Ich will die Vorsicht nicht miß-
billigen, welche man in diesem Betrachte dem Klä-
ger empfiehlt, dergleichen Anführungen zu vermei-
den, wenn er ohne sie doch seinen Zweck erreichen
kann. In der That aber sollte doch bei der Be-
stimmung des Beweises nur auf das Rücksicht ge-
nommen werden, was die angestellte Klage zu
ihrer Begründung wirklich erfordert, und es daher
dem Kläger nicht zum Nachtheil gereichen, wenn
er, oder sein Anwalt, Dinge einmischt, die ei-
gentlich nicht zum Klagegrunde gehören. So lan-
ge also nicht ganz bestimmt erhellet, daß der Klä-
ger wirklich diejenige Art der Rechtsverfolgung,
welche durchaus den Beweis des angeführten Um-
standes

dolo malo adversarii factum, quo minus sisteretur, vel valetudinem sibi impedimento fuisse, vel tempestatem, probare eum id oportet.

(91) *Leyser* medit. ad Pand. 176. 5. et 6. E. G. Schmidt Commentar von gerichtl. Klagen u. s. w. Th. 4. §. 960. n. 6. Meisters praktische Bemerk. II. 6. 2.

standes erfordert, z. B. actio legis Aquiliae, statt der leichter auszuführenden Contraktsklage gewählt haben wolle, handelt der Richter pflichtmäßig, wenn er das dem Kläger vortheilhaftere Rechtsmittel als dessen eigentliche Absicht annimmt (92), und darnach die Beweisführung festsetzt, das übrige aber, als anticipirte Repliken, zur Zeit auf sich beruhen läßt. Z. B. Wenn gegen einen Gastwirth actio de receptis angestellt, und beiläufig in dem Klagevortrag von einer Vernachlässigung dessen, was Beklagter eigentlich hätte thun können oder müssen, angeführt wird. Doch davon überhaupt in der Folge mit Mehrern.

25 **Drittens**; der Beklagte, welcher sich auf Unglücksfälle, oder auf eine Unmöglichkeit in Ansehung dessen, was er hätte thun sollen, beruft, muß eine solche Art des Untergangs oder der Beschädigung, oder solche Hindernisse in Ansehung seiner Obliegenheit beibrigen, welche ihn an sich von aller Verantwortlichkeit frei darstellen. Will alsdann der Kläger dennoch behaupten, daß gleichwohl hiebei eine Verschuldung des Beklagten vorge-

(92) L. 66. D. de judiciis (V. 1.) Si quis intentione ambigua, vel oratione usus sit; id, quod utilius ei, accipiendum est.

gegangen sey, ohne welche der nachtheilige Erfolg hätte vermieden werden können, so muß er freilich die Thatsachen, worauf diese seine Replik sich gründet, beweisen. Was aber nun in vorkommenden Fällen als bloß zufälliger oder als verschuldeter Schaden zu betrachten, und daher zum Beweise des Einen oder des Andern hinreichend sey, läßt sich nicht durch Regeln festsetzen, sondern hängt von der Beurtheilung der besondern Umstände ab, wonach der Richter es zu bestimmen hat, ob der streitende Theil, dem der Beweis obliegt, diesen zur Genüge, oder gar nicht, oder doch so weit geführt habe, daß die Sache zum gesetzlichen Eide verstellt werden könne. Wahr ist es freilich, daß manche nachtheilige Begebenheiten häufiger, andere weniger oder gewöhnlich gar nicht mit der Unachtsamkeit gewisser Personen in Verbindung stehen (93). Aber es steht doch dahin, in wiefern man den Rechtsgelehrten beipflichten könne, welche bei Begebenheiten der erstern Art, z. B. Feuersbrünsten, Diebstählen u. s. w. auf den Unterschied gesehen wissen wollen, ob der Beklagte, in dessen Wohnung oder Gewahrsam dergleichen vorging, den rechtlichen Verhältnissen nach für jedes,

(93) Höpfner Commentar d. Institut. §. 761.

des, auch das geringste Versehen, zu haften schuldig sey, z. B. der Commodatar, oder ob er nur das grobe und mäßige Versehen zu verantworten habe, z. B. der Pachter, da denn in jenem Falle der Beklagte besonders noch beweisen müßte, daß er seiner Seits die möglichste Sorgfalt angewandt hätte, um den Schaden zu vermeiden, wenn er nicht zur Vergütung desselben verurtheilt seyn wollte, hingegen in dem letztern Falle dem Kläger der Beweis obliege, daß der Nachtheil durch des Beklagten culpa lata oder levis verursacht worden sey (94). Der mindere oder höhere Grad der Sorgfalt, welcher Jemanden obliegt, kommt allerdings in Betrachtung, um zu bestimmen, ob ihm diese oder jene bestimmte Unternehmung oder Unterlassung zur Last fallen könne; aber dazu finde ich keinen zureichenden Grund, daß jene stärkere oder geringere Verantwortlichkeit des Beklagten auch bei der Frage: **Wem** der Beweis obliege? einen Einfluß haben sollte. Ob ein nachtheiliger Erfolg, z. B. eine Feuersbrunst, überhaupt in den gewöhnlichen Fällen mit einer Verschuldung Anderer verbunden sey, darauf kommt

(94) Glücks Pandekten. Th. 4. §. 327. b. und das. angef. DD.

kommt es hier nicht so sehr, als darauf an, ob Beklagter derjenige sey, der etwas dabei versehen habe, und dies folgt doch aus jener allgemeinen Wahrnehmung an sich noch nicht, man kann weder sagen, daß gerade seine culpa levis, noch daß lata, oder levissima culpa von ihm zu vermuthen sey (95). Er muß sich aber wegen der Sachen, die er zu liefern hat, und die er jetzt gar nicht oder nicht unbeschädigt liefern kann, gehörig rechtfertigen, folglich in jedem Falle so viel beibringen, daß sich eine Art des Erfolges wahrnehmen läßt, die in Ansehung seiner als casus fortuitus gelten muß. Immer wird er es sich selbst zuzuschreiben haben, wenn er die Mittel, wodurch die Sache gehörig ins Licht zu setzen war, z. B. die zeitige Veranstaltung einer nähern Untersuchung der Begebenheit, Versicherung zweckdienlicher Beweis-

(95) L. 11. D. *de per. et comm. rei vend.* (XVIII. 6.) Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sit? Respondit: quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit: Quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

weise durch Zeugen, Augenschein u. s. w. vernachlässigt hat. Ist aber eine Veranlassung des Schadens beigebracht, die von ihm nicht zu verantworten seyn würde, so trifft die Reihe des Beweises einer dennoch Statt gefundenen culpa den Kläger; es mag übrigens nur lata oder levis und levissima culpa in dem Umfange der Verantwortlichkeit des Beklagten liegen.

26 Nach der 115ten Novelle muß der Erbe, wenn das Testament wegen einer ungebührlichen Enterbung angefochten wird, die Wahrheit der Enterbungsursache beweisen. Denn der Kläger hat ein erworbenes Recht, von der Erbschaft nicht ausgeschlossen zu werden. Die Gültigkeit der Ausnahme von diesem Rechte hängt von der Wahrheit der angeführten gesetzlichen Enterbungsursache ab. Diese muß also der Erbe beibringen, wenn das sonst begründete Erbrecht des Klägers nicht Statt finden soll. Es ist gar nicht nöthig, dies aus einer hier angenommenen Rechtsvermuthung herzuleiten, da es den rechtlichen Verhältnissen der Sache selbst, und der allgemeinen Regel aller Beweisführung schon gemäß ist. Nach dem ältern Römischen Rechte genügte die namentliche Enterbung, und in gewissen Fällen auch schon die bloße Ueber-

ge-

gehung, um das Testament stricto jure bestehen zu lassen. Daher auch der Kläger, der es als unbillig anzufechten suchte, seinen Klagegrund beweisen mußte.

Die sogenannte exceptio non impleti contra-27
ctus bringt freilich, wenn die Sache recht genommen wird, die Last des Beweises auf den Kläger. Allein es kommt unter dem Namen dieser Einrede Manches in den Gerichten vor, was unstreitig der Beklagte zu beweisen hat. Nur in sofern, als dadurch die Wahrheit dessen, was zum Klagegrunde aus einem zweiseitigen Vertrage gehört, bestritten wird, ist der Kläger schuldig, den Beweis zu übernehmen (96). Sonderbar aber ist es, wenn man alsdann diese Einrede bloß darum, weil sie der Beklagte nicht beweisen darf, zu den liquiden Exceptionen rechnet (97), und sie auch im Executivprozesse Statt finden zu lassen. Hier ist sie zulässig, weil sie die Forderung des Klägers **illiquid** macht, nicht aber, weil sie selbst **liquid** ist. Denn es soll ja eben erst ausgemacht werden, ob der Contrakt erfüllt sey, oder

(96) *J. H. Böhmer* J. E. P. II. 19. 11.

(97) *Leyser* med. ad Pand. 513. 11. et 12. J. C. Schmidt Lehrb. von gerichtl. Klagen u. s. w. §. 125.

oder nicht. Sobald nun aber der Beklagte nicht mehr in jenen Gränzen einer bloßen Bestreitung des faktischen Klagegrundes bleibt, und nicht sowohl das, was eigentlich hiezu gehört, ableugnet, als vielmehr dem Kläger sonst besondere Thatsachen, in Ansehung dessen, was er zu leisten hat, entgegensetzt, so folgt natürlich, daß Beklagter sich mit dieser Gegenbehauptung, — exceptio non *rite*, s. non *debito modo* impleti contractus (98) — wenn der Kläger sie nicht zugibt, allerdings die Verbindlichkeit des Beweises auflegt. Dahin gehört, wenn jene Einrede des nicht erfüllten Contrakts aus der fehlerhaften Beschaffenheit der gelieferten Sachen, aus Handlungen, die der Kläger gegen den Contrakt unternommen hat, oder sonst aus Verhältnissen hergeleitet wird, wodurch Beklagter die Rechte, welche ihm der Contrakt zusichert, gehörig zu behaupten, gehindert wird, in sofern der andere Contrahent dafür zu haften verbunden ist (99). Alles dieses beruhet auf Thatsa-

(98) *Hellfeld* jurispr. forens. §. 1043. J. C. Schmidt cit. l. von Bülow und Hagemann prakt. Erört. I. 23. Thibaut System d. Pandekten R. §. 151.

(99) *Leyser* med. ad Pand. 208. 1. etc. 238. 2, 3. *Hommel* rhapf. qu. obf. 87. *Müller* ad *Leyser*. Tom. V. obf. 850.

sachen, die der Beklagte, wenn sie bestritten wer-
den, erst darthun muß, bevor er die darauf ge-
gründete Einrede gegen den Kläger geltend machen
kann, und worüber er sogar in continenti die Be-
weise zur Hand haben muß, wenn im Laufe des
executivischen Verfahrens darauf geachtet wer-
den soll.

28 Wenn die Gläubiger eines Verstorbenen oder die Legatarien den Kindern, als suis heredibus das beneficium abstinendi streitig machen, so sind jene unstreitig verbunden, den Beweis zu führen, daß die Kinder sich entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch Handlungen — immixtio — für die Beibehaltung der väterlichen Erbschaft erklärt, oder auch jener Rechtswohlthat unwürdig gemacht haben (100). Verschiedene Rechtslehrer, und unter diesen besonders Averani und Pufendorf (101) haben zwar das Gegentheil, daß vielmehr gedachte Erben die ihrer Seits nicht geschehene Einmischung beweisen müssen, zu vertheidigen gesucht. Allein den Kindern steht schon in der gedachten Eigenschaft als Erben die erwähnte Rechtswohlthat zu,

(100) Höpfner Commentar der Instit. §. 539.

(101) *Joseph. Averanius* interpret. jur. civ. I. 9. *Pufendorf* observat. jur. civ. III, 8.

zu, und sie brauchen solche durch nichts in facto weiter zu begründen. Sie haben das beneficium abstinendi, nicht weil sie sich nicht immiscirt haben, sondern weil die Gesetze es ihnen beilegen, wofern sie nicht durch Immixtion darauf Verzicht geleistet haben. Wenn also die Gläubiger die Thatsache der Immixtion dagegen, als ein ausschließendes Hinderniß jener Rechtswohlthat, anführen, so gehört das offenbar zu ihrer Replik, welche sie unstreitig auch zu beweisen haben (102). Man hat aber bei Erörterung dieser Sache den eigentlichen Punkt, worauf es ankommt, nicht immer genau vor Augen behalten. Die Frage ist, ob die Gläubiger und Legatarien die von den Kindern geschehene Immixtion, oder ob diese beweisen müssen, daß sie sich, ohne alle Einmischung, der väterlichen Erbschaft ganz enthalten haben? Wenn nun einige Rechtslehrer hier noch erst unterscheiden wollen, ob die Kinder sich im Besitz der Erbschaft befinden oder nicht (103), so ist dies im Grunde über-

(102) *G. L. Böhmer* Diss. de suo herede ab hereditate se abstinente, c. 3. §. 25. in elect. jur. civ. Tom. I. *J. C. Koch* de liberis heredibus suis ad probationem abstentionis non obligatis. Giessae 1776.

(103) *Müller* ad *Leyser*. Tom. 4. obs. 570.

überflüssig. Durch den Besitz maßen sie sich der Erbschaft an, folglich ist ja dadurch die Immixtion bereits erwiesen; wenn die Kinder nicht andere Gründe dieses Besitzes beibringen können (104). Die Controverse kann nur den Fall betreffen, da die Immixtion nicht schon gegen die Kinder als rechtlich erwiesen zu Tage liegt. — Wenn Pufendorf sich auf Justinians Verordnung (105) berufft,

(104) *G. L. Böhmer* cit. Diss. §. 11. et 26.

(105) L. ult. §. 1. C. *de jure deliberandi* (VI. 30.) Similique modo, si non titubante animo respuendam, vel abstinendam esse crediderit hereditatem, et apertissime intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit scriptum se esse, vel vocatum heredem, (ei) renunciet: nullo nec inventario faciendo nec alio circuitu expectando, sit alienus (ab) hujusmodi hereditate, sive onerosa sive lucrosa sit. — §. 14. *ibid.* verb. Si non intra datum tempus recusaverit hereditatem, omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur — — ut sciant omnes, quod omnimodo post petitam deliberationem, si adierint, vel pro herede gesserint, vel non recusaverint hereditatem, omnibus in solidum hereditariis oneribus teneantur. Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit et vel adierit hereditatem vel minime

ruft, und vermöge derselben annimmt, daß der suus innerhalb dreier Monathe apertissime die Erbschaft aufgegeben und von sich abgelehnt haben, folglich auch, daß dies gehörig geschehen sey, beweisen müsse, so ist eines Theils der Vordersatz mit dem Sinne der Verordnung nicht ganz übereinstimmend, und andern Theils würde das daraus hergeleitete Argument, wenn sich auch gegen die Deutung des Gesetzes, worauf es gegründet wird, nichts erinnern ließe, doch die Sache, wovon hier die Rede ist, eigentlich nicht treffen. Daß die Ablehnung der Erbschaft durchaus innerhalb dreier Monathe geschehen **müsse**, ist der Sinn des Gesetzes nicht (106), sondern diese drey Monathe sind eigentlich die zum Anfange und zur Vollendung der förmlichen Inventur bestimmte Zeitfrist, welche nicht nur der sogenannte Beneficialerbe, sondern auch derjenige, welcher sich des Rechts der

nime eam repudiaverit, non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam Legis Falcidiae beneficio minime utatur.

(106) Dies erhellet auch schon aus §. 13. der angeführten Constitution, welche ein Jahr, oder wenigstens neun Monathe zur Ueberlegung freiläßt, und L. 19. C. *ibid.*

der Deliberation bedienen will, zu beobachten hat, und die Worte im §. 1. wollen eigentlich so viel sagen, daß, wenn Jemand, dem diese Zeitfrist der Inventur noch offen war, sich gleichwohl schon bestimmt — aperrissime — erklärt hätte, daß er der Erbschaft entsagt haben wolle, es freilich bei dieser seiner Erklärung sein Bewenden behalten solle (107). Im Ganzen ist also die Regel des ältern Rechts, welche den suis uneingeschränkt das beneficium abstinendi so lange gestattet, als sie sich der Erbschaft noch nicht immiscirt haben (108), hier gar nicht geändert worden. Wenn indeß Gläubiger oder Legatarien u. s. w. auf eine bestimmte Erklärung dringen, und der Erbe sich hiedurch, oder sonst bewogen findet, auf eine Ueberlegungsfrist anzutragen, so muß er sich freilich

(107) Westphal von Vorleg. und Eröffnung d. Testam. u. s. w. §. 338.

(108) L. 11. L. 12. D. *de adq. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.) Impuberibus liberis omnimodo abstinendi potestas sit: puberibus autem ita, si se non immiscuerint. — Ei qui se non miscuit hereditati paternae, sive major sit, sive minor, non esse necesse Praetorem adire: sed sufficit, se non miscuisse hereditati. L. 57. pr. *ibid.*

lich vor Ablauf derselben erklären, wenn er der gedachten Rechtswohlthat nicht verlustig werden will. Das ist es, was die von Pufendorf für seine Meinung angeführte Constitution in §. 14. enthält. Daraus würde denn wohl soviel folgen, daß in diesem Falle einer **nachgesuchten Deliberationszeit** der Erbe, wenn er demnächst die Ablehnung der Erbschaft vorschützen will, allerdings auch beweisen müsse, daß solche binnen der gehörigen Zeit von ihm erklärt sey, keineswegs aber, daß die Kinder **überhaupt** den Beweis der nicht geschehenen Immixtion übernehmen müssen, wenn sie das beneficium abstinendi für sich anwenden wollen. Natürlich sind es aber zwei ganz verschiedene Dinge, wenn die Gläubiger den Kindern entgegensetzen, daß sie den Gebrauch dieser Rechtswohlthat **versäumt** hätten, und wenn es darauf ankommt, ob sie derselben durch Immixtion bereits entgegengehandelt haben. Für das erstere gehört die bisher angeführte Constitution. Das zweite, wovon hier eigentlich die Rede ist, setzt vielmehr im Gegentheil den Fall voraus, da den Erben das beneficium juris an sich schon zukommt und offensteht, wenn sie nicht selbst schon das Gegentheil durch Worte oder Handlungen erklärt haben. Hierüber enthält das erwähnte Gesetz durch-

aus

aus keine Bestimmung, wer den Beweis zu führen habe, und es ist daher ganz evident, daß die von Pufendorf angeführten Gründe nicht zureichen, um diesen Punkt gegen die Kinder zu entscheiden.

Averanius meint, es genüge nicht, daß die Kinder bloß erklärten, sie wollten die Erbschaft fahren lassen; sondern sie müßten sie auch wirklich derelinquirt haben, folglich daß dies geschehen sey, auch beweisen. Die Gesetze erfordern aber nichts mehr, als bloße Erklärung, daß man sich der gesetzlichen Wohlthat bedient haben wolle, und selbst durch den Einwand, welchen die Kinder eben jetzt den Gläubigern oder Legatarien entgegensetzen, machen sie von der gedachten Rechtswohlthat für sich Gebrauch (109). Diese Erklärung ist hier eine rechtsgenügende Dereliction; wie kann also noch ein weiterer Beweis derselben erfordert werden?

Viele Rechtslehrer sind der Meinung, daß 29 ein Cessionar, dem die bekannte lex Anastasiana von dem Schuldner entgegen gesetzt wird, den Beweis übernehmen müsse, daß er den Belang der

(109) L. 21. D. *de auctor. tutor.*

Forderung, so wie er sie jetzt zu verfolgen sucht, auch wirklich an den Cedenten bezahlt habe (110). Nur wenige haben das Gegentheil, und daß eigentlich dem Schuldner der Beweis obliege, daß weniger bezahlt worden sey, zu vertheidigen gesucht (111). Diesen finde ich kein Bedenken, beizutreten. Die Hauptgründe der ersten Meinung sind: 1) weil das Gesetz dem Schuldner die Einrede gestattet, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit (112) — Allein daraus folgt noch nichts Entscheidendes für die Frage, wer hier den Beweis zu führen habe, wenigstens nicht bestimmt, daß der Cessionar damit zu belästigen sey; — 2) weil Justinian hinzufügt: Sed etsi quis donationem quidem omnis debiti facere ad-

(110) Struben R. B. IV. 190. Schönigahn über die Zulässigkeit des Anastasianischen Gesetzes. Wolfenbüttel 1802. §. 33. und das. angef. DD.

(111) *Lenz* de nominib. et actionib. cess. cap. 25. membr. 4. n. 28. 29. *Mevius* decis. VIII. 444. Dieser nimmt freilich an einer andern Stelle IV. 323. in dem Falle, wenn die Cessionsurkunde ganz unbestimmt lautet, das Gegentheil an; vergl. auch von Quistorp rechtl. Bemerk. II. 66.

(112) L. 22. C. *mandati* (IV. 35.)

adſimulaverit, ut videatur eſſe tota donatio, aliquid autem occulte ſuſceperit, et in hoc caſu tantummodo exactionem ſortiri ejus, *quod datum eſſe comprobetur.* — Allein von wem ſoll dies letztere bewieſen werden? Darüber drückt ſich das Geſetz nicht beſtimmt aus; wohl aber läßt der ganze Zuſammenhang der Stelle weit eher die Erklärung zu, daß derjenige, welcher die äußerlich vorkommende Schenkung als eine geſetzwidrige Simulation betrachtet wiſſen will, und ſich dagegen des Einwandes bedient, daß im Grunde ein Kauf, und zwar ein ſolcher, wodurch Jemand die Forderung für eine geringere Summe an ſich zu bringen geſucht habe, verborgen ſey, allerdings auch die Beweiſe dieſer Thatſachen herbeizuſchaffen ſchuldig ſey. Kann er dies, ſo ſoll der Ceſſionar freilich nicht mehr erhalten, als — quod datum eſſe comprobetur. Erwägt man ferner, daß die Anſprüche des Ceſſionars durch die geſchehene Ceſſion, an ſich betrachtet, ſchon hinlänglich begründet ſind, daß es offenbar zu den Exceptionen oder Repliken des Gegners gehört, wenn die Thatſachen, welche lex Anaſtaſiana vorausſetzt, dagegen eingewandt werden, und daß alſo derjenige, welcher ſich dieſer Ausflüchte bedient, auch den faktiſchen Grund derſelben bewahrheiten müſſe, ſo wird alles dieſes

über-

überwiegende Gründe für die zweite Meinung an die Hand geben.

30 Wenn der rechtliche Bestand eines Handels wesentlich von der Beobachtung einer vorgeschriebenen Form abhängt, und hierüber Streit entsteht, so kommt es darauf an, ob Jemand A) vermöge der **Gültigkeit** des Vorgangs, oder B) vermöge der **Ungültigkeit** desselben gewisse Rechte oder Befreiungen von sonst begründeten Ansprüchen Anderer geltend zu machen sucht.

A) Wer Anträge dieser Art vermöge der **Gültigkeit** eines Vorgangs macht, dem liegt es auch ob, den Handel in einer solchen Form beizubringen, welche den Vorschriften des Gesetzes gemäß ist. Wer z. B. ein Recht aus einem Testament verfolgen, oder aus Geschäften klagen will, die eine obrigkeitliche Bestätigung, gerichtliche Insinuation, oder irgend eine andere Förmlichkeit nach Ordnung der Rechte erfordern, dem liegt es unstreitig ob, zu zeigen, daß alles dieses beobachtet worden sey; keineswegs aber kann dem Gegner, so lange dieser bloß in facto das Vorhandenseyn der Form bestreitet, der Beweis ihrer Vernachlässigung auferlegt werden. Dagegen darf auch jener nicht mehr als die äußere Richtigkeit

der

der Form, welche der Grund seiner Klage, Einrede u. s. w. voraussetzt, beglaubigen. Geht der Gegner in seinen Einwürfen über die Existenz dieser äußern Form, wodurch der Antrag an sich schon hinlänglich begründet ist, hinaus, will er z. B. die natürliche oder bürgerliche Fähigkeit des Testamentszeugen, der Notarien und Gerichtspersonen, die als solche bei dem Handel vorgekommen sind, bestreiten, oder sonst Einwürfe gegen die Richtigkeit einer an sich beglaubigten Form beibringen, so ist er es, dem die Beweisführung in diesem Betrachte obliegt, weil der andere seiner Seits durch Beibringung dessen, was die äußere Form erfordert, seinen Antrag hinlänglich gerechtfertigt hat.

Nach der Lehre **Hommels** (113) sollen Testamente und andere Urkunden, die Jemand aus entfernten Landen beibringt, die rechtliche Vermuthung für sich haben, daß sie nach den Gesetzen des Landes oder Orts, wo sie gemacht worden sind, zu Recht bestehen, bis das Gegentheil von dem, der ihre Gültigkeit bestreitet, bewiesen wird. Er bestätigt auch seine Meinung mit einem Fakultätsspruche, wodurch ein in **Batavia** vor einem

No-

(113) Rhapf. quaeft. obf. 695.

Notar und zweien Zeugen mündlich erklärter letzter Wille als gültiges Testament anerkannt ward. Dagegen ist aber vielleicht noch Manches zu erinnern. Wer die gesetzlichen Erben mit einem Testamente verdrängen, oder überhaupt vermöge desselben ein Erbrecht behaupten will, muß unstreitig einen gültigen letzten Willen in rechtsbeständiger Form beibringen, mithin der Regel nach in facto alles darthun, was diese Gültigkeit voraussetzt. Die Vorschriften der einheimischen und recipirten fremden Rechte braucht er freilich dabey nicht zu beweisen, da sie der Richter weiß, oder wenigstens wissen muß. Allein welche Form der Handlung in einem fremden Lande, dessen Gesetze den Richter, der jetzt in der Sache erkennen soll, an sich nicht binden, die er also nicht wissen darf, bestimmt, und ob es gerade die sey, welche die beigebrachte Urkunde darstellet, ist ja eine wahre faktische Frage, von der gleichwohl der ganze Grund des Anspruchs abhängt. Wird sie daher vom Gegner verneinet, so muß die Rechtsbeständigkeit der Form von dem bewiesen werden, der für sich ein Erbrecht daraus herleiten will. Immerhin mag dies den Umständen nach wahrscheinlich seyn; aber man muß bedenken, daß es hier auf Rechtsvermuthungen ankommt, die nur allein vom Beweise befreien kön-

können. Diese vermißt man unter allen Gründen, welche **Hommel** für seine Behauptung anführt, gänzlich. Die Gesetzstelle, worauf er sich beruft: Si scriptum in instrumento fuerit, *promisisse* aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit (114), und wiederum: Sciendum est generaliter, quod si quis scripserit, *fidejussisse*, videri omnia solemniter acta (115), weisen den Richter zwar an, daß ihm die allgemeine Beurkundung eines rechtlichen Geschäftes in den genannten Fällen schon genügen soll, um einstweilen die genaue Beobachtung der besondern Form, welche zur Gültigkeit erfordert wird, zu vermuthen. Wenn ein Instrument einer Bürgschaft, oder anderen förmlichen Zusage erwähnt, so soll vermuthet werden, daß alles geschehen und so erklärt sey, wie es die dem Richter bekannten Rechte bei diesen Geschäften erfordern. Allein dies berechtigt ihn noch nicht, ohne rechtlichen Beweis auch die auswärtige gesetzliche Form selbst gerade so zu vermuthen, und als richtig anzunehmen, wie sie die bei ihm angebrachte Handlung mit sich bringt. Den Rechten nach wird man daher

(114) §. 17. I. *de inutil. stipul.* (III. 20.)

(115) L. 30. D. *de V. O.* (XLV. 1.)

her hier eine, der Behauptung Hommels entgegenstehende Regel als richtig annehmen müssen. Diese hat auch die Preußische Gerichtsordnung (116) als rechtmäßig anerkannt, und daher ausdrücklich vorgeschrieben: „Wenn hingegen über ein Geschäft gestritten wird, welches nach fremden Landesgesetzen, die der Richter zu kennen nicht schuldig ist, beurtheilt werden muß, und es darauf ankommt, was diese Gesetze für den vorliegenden Fall eigentlich verordnen, so muß darüber, so wie über eine andere Thatsache, Beweis aufgenommen werden.“ — Nur dann würde freilich derjenige, der die Gültigkeit eines auswärtigen Geschäfts bestreiten wollte, auch den Beweis durch Beibringung der Gesetze übernehmen müssen, wenn er bei rechtlichen Handlungen, die an sich und schon nach dem Vernunftrechte eine volle Rechtswirkung haben, auch gewöhnlich an keine besondere positive Form gebunden sind, dennoch die Gültigkeit derselben nach den Gesetzen des Landes, wo sie vorgegangen sind, bestreiten, oder überhaupt mittelst einer Einrede den Mangel einer bestimmten gesetzlichen Form vorschützen wollte. Die Regel des Geschäfts an sich würde ihm alsdann entgegen

seyn,

(116) I. 10. §3.

seyn, die Behauptung dagegen aber keine Vermuthung vor sich haben. Dies läßt sich jedoch auf bloß bürgerliche Institute, wie die Testamente sind, nicht anwenden. Wer auf diese einen Anspruch gründet, muß auch beweisen, daß sie völlig legal und gültig gemacht sind.

Leyser (117) behauptet, daß die gehörige Bekanntmachung eines Gesetzes allemal zu vermuthen sey. Andere vertheidigen das Gegentheil (118). Vorausgesetzt, daß es an der rechtlichen Gewißheit der Bekanntmachung eines Gesetzes fehlt, so verdient die letztere Meinung unstreitig den Vorzug, — da diese Bekanntmachung eine Thatsache ist, mithin, wenn sie geleugnet wird, allerdings Beweis erfordert. Daß irgend eine Rechtsvermuthung von diesem Beweise befreie, wird man nicht darthun können. Anders verhält sich die Sache, wenn Jemand nur die gehörige Art der Bekanntmachung bestreiten wollte. Entweder würde der Streit dann nur eine Rechtsfrage betreffen, die

(117) med. ad Pand. 7. 3. vergl. vol. 12. suppl. 1. specim. 7. med. 16.

(118) *Müller* ad *Leyser*. Tom. I. obs. 14. Glücks Pandekten. Th. 1. §. 20.

die keinen Gegenstand der gerichtlichen Beweisführung abgeben kann, oder er würde doch wenigstens den Grund seiner besondern Behauptung zu erweisen haben.

31 Bisher ist davon geredet worden, wenn Jemand aus Geschäften, deren Gültigkeit von der Beobachtung gewisser Formen abhängt, Rechte oder Befreiungen durch Klagen und Einreden, oder solchen gleich zu schätzende Anträge, geltend zu machen sucht, der Gegner aber die Gültigkeit des Handels in Ansehung der Form nicht einräumt. Jetzt wird der andere Fall zu bestimmen seyn, da ein streitender Theil den rechtlichen Bestand irgend eines Vorgangs nicht bloß gegen Klagen oder Einreden Anderer ableugnet, sondern vielmehr

B) selbst, vermöge der Ungültigkeit eines Geschäfts, Rechte oder Befreiungen verfolgen, mithin den Handel durch Klagen, oder denselben hier gleich zu schätzende Anträge als nichtig anfechten will. Hier muß der, welcher diese Anträge macht, wie jeder andere Kläger oder Beklagte, den Grund seiner Klage oder Einrede gehörig darthun. Nicht, weil in zweifelhaften Fällen die Gültigkeit rechtlicher Geschäfte zu vermuthen ist. Dies pflegt zwar bei dieser Gelegenheit nicht selten

als

als Grundsatz vorzukommen, ist aber in keinem Gesetze als Regel vorgeschrieben (119); und an der

(119) Von §. 17. I. de *inutil. stipulat.* und L. 30. D. *de V. O.*, welche gewöhnlich als Sanctionen dieser Vermuthung angeführt werden, ist dies eben gezeigt worden. Dasselbe gilt auch von §. ult. I. *de fidejussorib.* (III. 21.) In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi: ut quodcunque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat si quis scripserit se fidejussisse: videri omnia solemniter acta, — und von L. 14. C. *de contrah. et committ. stipulat.* (VIII. 38.), welche im Wesentlichen gleichen Inhalts ist. Alle diese Gesetzstellen enthalten nichts weiter, als daß den mit Zustimmung der Parteien über ein rechtliches Geschäft gefertigten Aufsätzen, auch in Ansehung dessen, was sie wegen der äußern Form auch als wirklich beobachtet anführen, z. B. die Gegenwart der Zeugen, der Contrahenten, oder eines Knechts, anstatt seines Herrn, geglaubt werden, und daß der, welcher nachhin die faktische Richtigkeit solcher Angaben, z. B. ob der zugezogene Sklave auch wirklich dem Contrahenten zugehört habe, bestreiten wollte, den Beweis dieses Einwandes führen müsse. Dies ist also von jener allgemeinen Rechtsvermuthung für die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte überhaupt noch weit entfernt.

der Schlußfolge: Weil so viele Testamente u. s. w. gültig gemacht werden, also ist auch Titii letzter Wille für vollkommen rechtsbeständig zu achten, dürfte wohl sehr zu zweifeln seyn. Zur Begründung jener Beweispflicht genügt es vielmehr schon, daß die Ungültigkeit eines Geschäfts nicht zu vermuthen ist, woraus denn von selbst folgt, daß, wer als *petitor* dagegen auftritt, und durch Klagen oder Einreden solches anzufechten sucht, auch Beweise beibringen muß, um die behauptete Ungültigkeit, soweit sie faktisch ist, wahr zu machen (120).

Nach

(120) L. 5. §. 1. D de probat. Si quis negat emancipationem recte factam probationem ipsum praestare debere. Wollte man dies Gesetz im Allgemeinen, wie es wörtlich dasteht, wider einen Jeden, der die Gültigkeit des Geschäfts bestreitet, anwenden, so würde es mit andern unleugbaren Grundsätzen des Rechts in Widerspruch gerathen. Man vergleiche z. B. auch L. 23. D *eod.* Es würde daraus folgen, daß, wenn aus einer Schenkung über 500 Solidos geklagt wird, nicht dem Kläger die Beibringung einer gerichtlichen Insinuation, sondern dem Beklagten der Beweis, daß diese nicht geschehen sey, auferlegt werden müsse. Natürlich kann also cit. L. 5. §. 1. nur da in der hier angenom-

Nach diesen bei A. und B. bemerkten Grund-32
sätzen wird also die Beweisführung ohne weitere Schwierigkeit zu bestimmen seyn, wenn in vorkommenden Fällen die Erbfolge gegen ein angeblich vorhandenes Testament durch Klagen oder Einreden geltend gemacht ([121]), oder umgekehrt, der gesetzliche Erbe durch irgend eine Verfügung des Verstorbenen über seinen Nachlaß ausgeschlossen werden soll.

Vorzüglich aber kann hier die nähere Beantwortung der Frage zu einiger Erläuterung dienen, was in Ansehung des Beweises Rechtens sey, wenn Sachen der Minderjährigen veräußert worden sind, und diese Veräußerung in der Folge wegen nicht beobachteter gesetzlicher Form als ungültig angefochten wird. Muß von Seiten des Minderjährigen die Ungültigkeit, oder von dem Gegner die Gültigkeit der Veräußerung bewiesen werden? Daran ist wohl nicht zu zweifeln, daß, wenn gegen den Minderjährigen auf Erfüllung des Handels

ge-

nommenen Voraussetzung, imgleichen bei den faktischen Gegenbehauptungen, deren vorhin ad A. n 30. zu Anfange ist erwähnt worden, in Anwendung kommen.

([121]) L. 11. C. de *probat.* (Note 31.)

geklagt wird, alsdann der Kläger das Geschäft in gültiger Form beibringen, folglich die gehörige Beobachtung der letztern, wie es im Allgemeinen bei A. n. 30. vorgekommen ist, jedoch mit den dort bemerkten Einschränkungen, beweisen müsse (122). Streitiger ist die Frage im umgekehrten Falle, wenn der Minderjährige als Kläger die Veräußerung anzufechten sucht. Cocceji (123) will auch hier dem Besitzer den Beweis der gültigen Veräußerung auferlegt wissen. Voet (124) geht hiebei von einem Grundsatze aus, der sich schwerlich rechtfertigen läßt, daß in zweifelhaften Fällen zum Besten der Minderjährigen allemal zu vermuthen sey, daß die Veräußerung ungültiger Weise vorgenommen wäre; doch lenkt er danächst wieder ein, und unterscheidet, ob selbst die Ertheilung des obrigkeitlichen Dekrets, oder die Bedingung der Rechtsbeständigkeit desselben, z. B. die rechtliche Ursache zur Veräußerung, bestritten werde. Jene müsse der Besitzer der Sachen, diese aber der Minderjäh-

(122) Daß L. 5. §. 1. D. de *probat.* dem Minderjährigen hier nicht entgegengesetzt werden könne, erhellet aus der vorigen Note 120.

(123) Jur. controv. tit. de reb. eor. qui sub tut. qu. 2.

(124) Commentar. ad Pand. eod. tit. §. 11.

jährige beweisen. Dies letztere hat freilich seine Richtigkeit, da alsdann die Beobachtung der Form öffentlich beglaubigt gegen den Minderjährigen vorhanden ist, folglich wenn er gleichwohl dagegen behauptet, daß Unrichtigkeiten dabei obgewaltet hätten, er diese unstreitig beweisen muß; wie das auch die Gesetze selbst deutlich vorschreiben (125). Allein eben so wird es überhaupt, und mithin auch in Ansehung des ersten Punkts als Regel anzunehmen seyn, daß der Minderjährige, wenn er durch Klagen oder Einreden die geschehene Veräußerung anzufechten sucht, den Beweis der Thatsachen beibringen müsse, worauf diese Ungültigkeit sich gründen soll. Denn einmal bestimmen jene Thatsachen doch den Grund des Antrags, den er geltend zu machen sucht, und zweitens haben die Gesetze ihn in diesem Betrachte nirgends begünstigt,

(125) L. 1. §. 2. D. *de reb. eor. qui sub tut.* (XXVII. 9.) verb. manente pupillo actione, *si postea poterit probari obreptum esse Praetori.* L. 5. §. 15. *ibid.* Manet actio pupillo, si postea poterit probari, obreptum esse Praetori. Sed videndum est, utrum in rem, an in personam dabimus ei actionem? Et magis est, ut in rem detur, non (tantum) in personam adversus tutores sive curatores.

stigt, mithin muß es bei dem gesetzlich anerkannten Grundsatze (126) auch hier sein Bewenden behalten. In der von Voet dagegen angeführten L. 13. §. 2. D. de publ. in rem act. (VI. 2.) heißt es zwar: Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore lege non prohibente se emisse; sed etsi deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur. Allein dies Gesetz handelt, wie der Zusammenhang der ganzen Stelle deutlich zeigt, von dem Falle, da der Käufer der Sachen eines Minderjährigen solche klagend actione publiciana verfolgen will. Hier muß er freilich sein dominium praesumtum, mithin auch den Erwerb der Sache in rechtlicher Form beibringen, wie das den vorhin angeführten Grundsätzen gemäß ist — L. 1. §. 13. D. de magistrat. conven. (XXVII. 8.) verb. probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat fidejussores solvendo non fuisse, quum acciperentur sed magistratibus, ut doceant eos solvendo fuisse — kann für die Meinung des Voet kein tüchtiges Argument an die Hand geben, da dort, wie besonders auch aus den vorhergehenden Worten des Gesetzes erhellet, dem Beklagten der Be-

(126) L. 5. §. 1. D. de probat., die in diesen Verhältnissen völlig anwendbar ist. S. die Note 120.

Beweis dessen auferlegt ward, was in der That zum Grunde seiner **Einreden** gehörte, indem sonst die Klage an sich schon völlig gegen ihn begründet war; wovon vorhin schon ausführlicher geredet worden ist; dahingegen hier selbst der Grund des Antrags, welchen der Minderjährige macht, von der Ungültigkeit des Handels abhängt; L. 25. §. 1. D. de probat., welche **Voet** gleichfalls für sich anführt, handelt von der condictio indebiti wegen einer von dem **Pupillen** selbst oder von dem **Minderjährigen ohne Vormund** geschehenen Zahlung; und legt dem Empfänger den Beweis der wirklich vorhanden gewesenen Schuld auf. Man sieht sehr leicht, daß das hier gar nichts entscheiden kann. Jene Zahlung ist, was den Pupillen anbetrifft, an sich schon ungültig (127), und bei Minderjährigen tritt die Betrachtung ein, daß sie leicht aus Unüberlegtheit etwas weggegeben haben können, wozu sie eigentlich nicht verpflichtet waren. In beider Rücksicht liegt also bereits in facto ein Vorgang zu Tage, der an sich den Empfänger nicht schützen kann oder soll, wofern er nicht zu beweisen vermag, — was ihm mit Recht zur Pflicht gemacht ist — daß er gleichwohl das

(127) §. ult. I. quib. alienare licet. (II. 8)

Gezahlte wirklich zu fordern hatte. Hingegen hier ist es noch streitig, und soll erst ausgemacht werden, wie die Veräußerung einer Sache, welche der Minderjährige als sein voriges Eigenthum in Anspruch nimmt, geschehen, ob die gesetzliche Form dabei beobachtet sey oder nicht. Man kann noch nicht sagen, wie dort, daß der Vorgang an sich ohne rechtliche Wirkung für den Besitzer sey, sondern die Thatsachen, welche das eine oder das andere rechtfertigeu können, sind noch streitig und sollen erst beigebracht werden. Die Gründe also, welche in jenem Falle den Beweis auf den Empfänger bringen, gestatten hier keine Anwendung.

33 Wer ein gewisses Recht an sich gehörig begründet hat, darf es auch mit allen seinen Folgen, und in seinem ganzen Umfange sich zueignen, und vom Gegner den Beweis irgend einer Ausnahme oder Einschränkung erwarten. Der Käufer oder der Pachter eines Grundstücks kann unstreitig das Recht, welches ihm der erwiesene oder nicht geleugnete Contrakt gibt, auf alles, was als Theil und Zubehör des gekauften oder gepachteten Guts zu betrachten ist, ausdehnen. Allemal aber ist zuvörderst in vorkommenden Fällen erst aufs Reine zu bringen: a) Was eigentlich als Gegenstand des

Con-

Contrakts überhaupt bestimmt sey, b) in wiefern das streitige Stück dazu gehöre. In beider Rücksicht liegt dem Käufer oder Pachter der Beweis ob. Dann folgt c) der von dem Verkäufer oder Verpachter zu führende Beweis der Ausnahmen, des besondern Vorbehalts u. s. w. — Nur in dieser Ordnung der Dinge würde es sich haben rechtfertigen lassen, als dem Vermiether einer Wohnung in dem Streite mit seinem Miethmanne über eine Kammer der Beweis auferlegt ward, daß diese Kammer nicht mit vermiethet worden sey.

In einem andern Rechtsstreite kam der Fall vor, daß ein Pachter geständlich bei seinem Abzuge die Krippen aus dem Pferdestall weggebrochen und mitgenommen hatte. Mußte er beweisen, daß diese Krippen die seinigen wären; oder lag dem klagenden Verpachter der Beweis ob, daß diese Krippen bei der Uebergabe des Guts an den Pachter in dem Pferdestall vorhanden gewesen, oder wenigstens während der Pachtzeit auf Klägers Kosten angeschafft, und dem Beklagten nachgeliefert worden. Die Richter erster Instanz fanden jenes den Rechten gemäß. Der Pachter wandte aber ein Rechtsmittel dagegen ein. Die Juristenfakultät, an welche die Akten gelangten, erkannte für

ihn,

ihn, und legte vielmehr dem Verpachter den erwähnten alternativen Beweis auf. Nach meiner Ueberzeugung war diese Entscheidung allerdings gerecht, obgleich in der folgenden Instanz das erste Urtheil wieder hergestellt ward. Das Pachtinventarium gab über die Sache keine bestimmte Auskunft. Ob es nun gleich gewiß ist, daß die zur Zeit der Verpachtung eines Pferdestalls darin befindlichen Krippen als mitverpachtet angesehen werden müssen, und daher der Verpachter ohne bedungenen Vorbehalt solche dem Pachter während der Pachtzeit nicht entziehen dürfe, so kann doch aus dem Vorhandenseyn der Krippen zur Zeit der geendigten Pacht noch nicht die rechtliche Gewißheit gefolgert werden, daß sie auch schon beim Anfange der Pacht dort vorhanden gewesen, und als Pachtstücke dem Pachter mit übergeben, oder ihm in der Folge vom Verpachter nachgeliefert sind. Zwar kann ein Pferdestall als solcher nicht füglich ohne Krippen genutzt werden, aber darum kann doch ein Gebäude im gemeinen Leben nach seiner ersten Bestimmung, oder seinem bisherigen Gebrauche gar wohl die Benennung eines Pferdestalls bekommen und behalten, wenn gleich die dazu erforderlichen Krippen nicht darin vorhanden sind. Der Kläger war also unstreitig verbunden, den zu sei-

nem

nem Klagegrund gehörigen, aber vom Gegner immer geleugneten Umstand, daß ein mit Krippen versehener Pferdestall — equile instructum — dem Pachter übergeben, oder jene wenigstens nachgeliefert worden, vor allen Dingen erst zu beweisen, ehe und bevor er die gesetzliche Vorschrift, welche dem Pachter nicht gestattet, die ihm zum Gebrauch überlassenen Sachen unter dem Vorwande des Eigenthums zurückzuhalten (128), für sich geltend machen durfte.

34 Das bisher Gesagte gilt sowohl vom Kläger als auch vom Beklagten in Beziehung auf ihre gegenseitigen Anträge. Keiner braucht sich mehr und etwas anders zu beweisen aufbürden zu lassen, als was die Begründung seines Antrags erfordert. Es kommt jedoch a) in den Klagevorträgen oft Manches vor, was eigentlich nicht zum Fundament der Klage gehört und b) unter der Benennung exceptio oder Einrede findet sich häufig in den Antworten des Beklagten nur eine Bestreitung dessen, was eigentlich der Kläger als fundamentum agendi zu beweisen hat. Wiederum suchen auch c) die Be-

(128) L. 25. C. de *locato, cond.* (IV. 65.) vergl. Beitr. zu d. Lehre von gerichtl. Klag. u. Einreden II. u. III. 14.

Beklagten nicht selten eigentliche Einreden in der Form eines bloßen Ableugnens vorzubringen, um dadurch der Last des Beweises zu entgehen. Alles dieses muß natürlich zu Verwirrungen Anlaß geben, wenn der Richter nicht, durch gründliches Studium der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden geleitet, diese Punkte genau zu unterscheiden weiß, sondern in den Fällen a und c dem Kläger, hingegen bei b) dem Beklagten den Beweis auflegt.

Der Kläger kann zwar, wie die Urtheilsverfasser in einem gewissen Rechtsstreite sehr richtig bemerkten, zu mehrerer Sicherung seines Gesuchs den Ausflüchten des Beklagten schon zum voraus in der Klage das Nöthige entgegensetzen (129). Allein dadurch wird diese in die Klage mit aufgenommene Replik weder ein Theil des eigentlichen Klagegrundes, noch kann sich der Beklagte dadurch, daß er peremtorische Einreden in der Gestalt einer verneinenden Beantwortung der anticipirten Replik vorbringt, von der Verbindlichkeit, seine

(129) *Wernher* select. observat. VI. 326. *Schaumburg* princip. prax. I. 1. 5. Vorzüglich ist *Berger* elect. proc. execut. §. 48. seq. über den Zweck und Nutzen dieser anticipirten Replik nachzulesen.

seine Einreden zu beweisen, freimachen. — Der Kläger, z. B. fordert die Zahlung der Hauptschuld mit den Zinsen, sieht aber die Einrede voraus, daß Beklagter ihm jene Zahlung angeboten, hingegen er die Annahme abgelehnt habe. Daher wird in der Klage mit angeführt, daß dies Anerbieten a) zur Unzeit, b) nicht in der schuldigen Quantität und Qualität geschehen sey. Beklagter leugnet nun beides in facto. Dies kann ihn aber nicht von dem Beweise befreien, daß er die Zahlung zur rechten Zeit, besonders aber in der gehörigen Eigenschaft angeboten habe. Denn gerade das ist der faktische Grund seiner Einrede (130). Der Richter würde also sehr unrecht handeln, wenn er in beider Rücksicht dem Kläger den Beweis auflegen wollte. Eben so, wo nicht noch mehr auffallend ungerecht war es, als einem Bürger, der die Aufnahme in eine Innung verlangte, und in der Klage anführte, daß die Zunft ihm solche widerrechtlich verweigere, der Beweis des von dem Beklagten bloß geleugneten Umstandes, **daß die verlangte Aufnahme widerrechtlich verweigert werde**, auferlegt wurde, da es doch offenbar

zu

(130) L. 122. pr. D. de V. O. (XLV. 1.) L. 9. C. *de solut.* (VIII. 43.) L. 72. §. 2. D. *eod.* (XLVI. 2.)

zu den Einreden des Beklagten gehörte, rechtliche Gründe der Abweisung des Klägers beizubringen (131).

35 Im Gegentheil würde es auch eine widerrechtliche Belästigung des Beklagten seyn, wenn ihm, ob er gleich eigentlich nur die Wahrheit des Klagegrundes oder der Replik ableugnete, dennoch der Beweis seiner Gegenbehauptung auferlegt würde. Der Ausdruck exceptio, dessen sich die Advokaten des Beklagten häufig bedienen, wo es im genauen Verstande nicht seyn sollte, oder wohin der Kläger die Sache oft absichtlich zu lenken sucht, kann leicht Gelegenheit zu dergleichen Mißdeutung geben. Unstreitig wäre es besser, bei der Gegenrede des Beklagten, daß Kläger den Contrakt, woraus er klage, selbst noch nicht erfüllt habe, die Benennung *exceptio* non impleti contractus gar nicht zu gebrauchen, da es eine bloße Ableugnung — inficiatio — ist, und man alsdann nicht nöthig haben würde, hier erst Gründe zu einer besondern Ausnahme von der Regel, daß der Beklagte seine Einreden beweisen müsse, hervorzusuchen. Wenn man inzwischen bei dieser Gegenbehauptung des Beklagten,

(131) vergl. auch cap. ult. x. de *praesumt.* S. die Note 13. des vorigen fünften Aufsatzes.

ten, darüber wohl einverstanden ist, daß sie den Beweis auf den Kläger bringe, so leuchtet das doch in andern Fällen nicht sogleich einem jeden Richter ein, und da kann es denn an unrichtiger Leitung des Verfahrens nicht fehlen. In einem Rechtshandel wegen einer Glaslieferung forderte der Kläger eine gewisse Geldsumme für angeblich an Beklagten verkauftes Glas. Der Beklagte gestand zwar, Glas von dem Kläger erhalten zu haben, behauptete aber dagegen, a) daß der Kläger es ihm unverlangt zugesandt habe, b) daß dieses Glas größten Theils schadhaft und unbrauchbar gewesen sey, und daß er daher c) dem Kläger gleich habe andeuten lassen, er würde es nicht behalten, sondern der Kläger müsse es wieder abholen lassen. Hier mußte ad a) nicht dem Beklagten, sondern zuvörderst dem Kläger der Beweis auferlegt werden, daß der Handel über das Glas zwischen ihm und dem Beklagten zu Stande gekommen sey, denn dies war der Grund der Klage, den aber der Beklagte durch die erwähnte Gegenbehauptung leugnete. Das Anführen, daß ihm das Glas unverlangt zugeschickt sey, konnte nicht bloß als eine vom Beklagten zu beweisende exceptio behandelt werden, da sie in der That nur noch eine wahre Ableugnung des faktischen Klagegrundes in sich

faßte.

faßte. Sie gehörte daher in dem den Beklagten nur freizulassenden Gegenbeweis, und erst dann, wenn Kläger den geschlossenen Kauf bewiesen hatte, konnte es auf die Einrede der fehlerhaften Waare ankommen.

36 Daß der Richter durch den Ausdruck exceptio sehr leicht verleitet werden könne, Jemanden die Beweisführung aufzulegen, der sie eigentlich nicht zu übernehmen hatte, zeigt die Erfahrung, besonders auch bei der oft schwankenden exceptio rei non sic sed aliter gestae. Siberth (132) erzählt davon folgenden merkwürdigen Rechtsfall. Ein abziehender Pachter klagte gegen den Verpachter aus einer angeblichen Verabredung, daß der Beklagte ihm für Abfuhr des Düngers auf seinen Acker eine bestimmte Vergütung zu zahlen habe. Kläger behauptete, seiner Seits die gedachte Abfuhr geleistet zu haben, und forderte dafür die nach Zahl der Fuhren ihm versprochene Vergeltung. Der Beklagte

(132) Skizze einer neuen Theorie der Klagen und deren Bestreitungen 1ster Nachtrag Seite 54 u. s. w. Ich habe bereits über diese lesenswerthe und an trefflichen Bemerkungen überaus reichhaltige Schrift meine Meinung öffentlich gesagt, im 5osten Bande der N. A. D. Biblioth. worauf ich mich hier beziehe.

klagte führte dagegen mittelst exceptionis rei non sic sed aliter gestae an, daß Kläger zwar den Dünger auf den Acker, nicht aber auf das eigentlich in der Verabredung bestimmte Ackerstück am See gebracht habe. Nun ward dem Beklagten im Urtheile der Beweis auferlegt, „daß das bestimmte Ackerstück zum Aufbringen des Düngers verabredet sey.“ Dies war unrichtig erkannt. Der Beklagte hatte zwar nicht geleugnet, daß der Dünger auf den Acker gebracht worden sey, aber er hatte doch auch dem Kläger nicht zugestanden, daß die Verabredung uneingeschränkt in Ansehung des Ackers überhaupt geschehen sey, vielmehr war gerade dieser zum Klagegrund gehörende Punkt durch die exceptio rei non sic sed aliter gestae dem Kläger abgeleugnet worden. Dieser mußte ihn also vor allen Dingen beweisen. Freilich würde der Beklagte in seiner Antwort vorsichtiger gehandelt haben, wenn er statt des Ausdrucks jener Einrede sich bestimmter so erklärt hätte: Ich gestehe zwar, daß für die Abfuhr des Düngers so viel verabredet, und daß dieser auf meinen Acker gekommen sey; ich leugne aber, daß das pactum zwischen uns uneingeschränkt geschlossen, und dem Gegner die Wahl überlassen sey, den Dünger beliebig auf ein Ackerstück zu fahren; reprobando werde ich darthun,

daß

daß der Dünger nach dem entferntern Acker am See hätte hingebracht werden sollen.“ Im Grunde lag aber alles dieses doch auch schon in der Antwort des Beklagten, wie er sie ertheilte, und der Richter hätte sich durch den hier etwas unschicklich gebrauchten Ausdruck exceptio nicht verführen lassen sollen.

37 II. Nicht genug aber, daß eine gewisse Thatsache zur Begründung des Antrags einer Partei gehöre, wovon bisher gehandelt worden ist; sondern es wird auch, wenn von der **Nothwendigkeit** des Beweises die Rede ist, erfordert, daß dieser Antrag **jetzt** wirklich geltend gemacht werden soll. Um dies gehörig zu bestimmen, und hiernach die Ordnung, in welcher die Last des Beweises bald diesem bald jenem streitenden Theile aufzulegen sey, festzusetzen, wird es nöthig seyn, auf die Beschaffenheit und das gegenseitige Verhältniß der verschiedenen Anträge der Parteien zurückzugehen.

Der Kläger ist freilich, was den faktischen Klagegrund anlangt, in sofern dieser bestritten wird, der erste, den in der Last der Beweisführung die Reihe trifft. Nach der bekannten Regel: actore non probante reus absolvitur, kann auch,

so

so lange dieser Beweis noch nicht geführt ist, vom Beweise der Einreden, der Replik und Duplik als **nothwendig** betrachtet die Rede nicht seyn.

Auf die Klage folgt die Antwort des Beklagten, sie sey nun wirklich, oder sie wird wenigstens zur Strafe seines Ungehorsams als ertheilt angenommen. Das letztere hat natürlich in Ansehung des Beweises mit der wirklich ertheilten Antwort in der Maße, wie die Gesetze solche als gegeben annehmen, gleiche Wirkung. Wenn nun der Beklagte a) den faktischen Grund der Klage zugesteht, aber Einreden dagegen vorschützt, so befreit er den Kläger von der Last des Beweises, die jetzt ihm, dem Beklagten, allein aufzulegen, wobei aber dem Kläger der Gegenbeweis nicht als Schuldigkeit aufzugeben, jedoch immer freizulassen ist. In Prozeßarten, welche ein executivisches Verfahren zulassen, aber eben darum auch als Ausnahmen von der Regel zu betrachten sind, hat der Richter freilich auf Einreden, die zur Zeit des abzufassenden Urtheils nicht schon liquid sind, gegen eine zugestandene, oder mit Erfolg nicht weiter abzuleugnende Forderung des Klägers, keine Rücksicht zu nehmen (133). Außerdem aber bleibt es bei der Re-

(133) Sibeth a. a. O. S. 34.

Regel, daß der Beklagte, bevor er unbedingt verurtheilt werden kann, erst mit dem Beweise seiner Einreden, insofern diese nicht an sich schon ganz ungültig sind, gehört werden (134) müsse. In der Form ist es gleichgültig, ob schlechthin nur auf diesen Beweis mit Vorbehalt des Gegenbeweises erkannt wird, z. B. Würde Beklagter seine Einrede, daß er sich mit Klägern angezeigter Maßen verglichen habe, darthun, so erginge mit Vorbehalt des vom Kläger zu führenden Gegenbeweises weiter was Rechtens; oder ob das Urtheil definitive, mit gehörigem Anhange wegen des Beweises der Einreden abgefaßt wird: Daß Beklagter die eingeklagte Anleihe der .... Rthlr. sammt den rückständigen Zinsen und verursachten Prozeßkosten zu bezahlen schuldig; er könnte und wollte denn rechtlich erweisen, daß u. s. w. dessen genösse er noch billig, und erginge sodann, jedoch mit Vorbehalt des vom Kläger zu führenden Gegenbeweises, weiter u. s. w.

Werden aber b) die zum Klagegrund gehörenden Thatsachen, nach den Verhältnissen, wie sie

(134) Beiträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einred. I. Seite 63. der 2ten Ausg.

sie der Klage zum Grunde liegen, sie mögen übrigens im Vortrage der letztern mit angeführt seyn oder nicht, ganz oder zum Theil von dem Beklagten abgeleugnet, und zwar aa) ohne sonst noch Einreden dagegen vorzuschützen; so ist dem Kläger der Hauptbeweis des Abgeleugneten zur Pflicht zu machen, dem Beklagten aber der Gegenbeweis, nicht aufzulegen, sondern nur freizulassen. Werden aber

bb) zugleich auch Einreden gegen die Klage vorgebracht, so ist auch hier zuvörderst dem Kläger der Beweis dessen, was zur Begründung seiner Klage gehört, und vom Beklagten geleugnet wird, aufzugeben. Der Beklagte ist hingegen den Rechten nach nicht schuldig, auch jetzt schon den Beweis der Einreden zu übernehmen, da er vielmehr erst den Beweis der Klage abwarten darf, wie bereits vorhin N. 6. mit mehrern gezeigt worden ist, und ich beziehe mich deshalb besonders auf die in der 14ten Note schon angeführten Gesetzstellen, welche hierüber deutlich entscheiden. Also kann 1) dem Beklagten der Einreden-Beweis nicht früher schon eigentlich zur Pflicht gemacht werden. Es ist aber auch 2) nicht weniger unrichtig, wenn die Richter, indem sie hier auf Be-

weis der Klage erkennen, zugleich die Bewahrheitung der Einreden mit in den Gegenbeweis des Beklagten nehmen lassen wollen. Der Beweis der Einreden ist kein Gegenbeweis, sondern so gut ein offensiver Beweis, als die Begründung der Klage, und dem Kläger muß wider die versuchte Ausführung der Einreden unstreitig auch der Gegenbeweis gestattet werden (135). Durch jenen Fehlgriff der Urtheilsfasser würde aber eines Theils der Kläger diesen ihm zukommenden Gegenbeweis verlieren, und andern Theils würde alsdann der dem Beklagten bloß freizulassende Gegenbeweis in Ansehung des Klagegrundes, und der ihm obliegende Beweis der Einreden nicht gehörig von einander unterschieden werden. Siberth will daher nicht nur die Beweissätze gehörig getrennt, sondern auch die Zeit der Beweisantretung verschieden bestimmt wissen, und gibt dafür folgende Form als zweckmäßig an: Würde Kläger, salva rei reprobatione, beweisen, daß er dem Beklagten 100 Thaler geliehen habe, so wäre Beklagter schuldig zu zahlen; er könnte denn demnächst, salva actoris reprobatione beweisen, daß er die erwähnte Schuld bereits

(135) Siberth a. a. O. 1ster Nachtrag S. 29. Thibaut System des Pand. R. §. 633. u. das. angef. DD.

bereits an Klägern bezahlt habe u. s. w. Gegen diese Form läßt sich nur das erinnern, daß in der Folge über die Frage: ob Kläger den ihm auferlegten Hauptbeweis geführt habe oder nicht? erst wieder ein Urtheil erfolgen muß, daher die bedingte Verurtheilung des Beklagten nach bekannten Grundsätzen ([136]) hier nicht so angemessen ist, als sie es freilich nur dann seyn würde, wenn der Kläger seinen Klagegrund schon so weit erwiesen hätte, daß auf einen Ergänzungseid erkannt werden könnte, da denn ohne Bedenken die Folge der Ableistung desselben im Voraus schon zu bestimmen ist ([137]). In Fällen aber, wovon hier eben die Rede ist, dürfte es im Ganzen zweckmäßiger seyn, vorerst nur auf den vom Kläger zu führenden Be-

([136]) L. 1. §. 5. D. *Quando appelland* (XLIX. 4.) verb. Sane quidem non est sub conditione sententia dicenda. *Hellfeld* jurisprud. forens. §. 1790. n. 2.

([137]) L. 11. C. *de sentent. et interlocut. omn. jud.* (VII. 45.) schreibt dies sogar als nothwendig vor. Cum judex in definitiva sententia jusjurandum solummodo praestari praecipiat, non tamen addat, quid ex recusatione, vel praestatione sacramenti fieri oportet: hujusmodi sententiam nullam vim obtinere palam est.

weis mit Freilassung des eigentlichen Gegenbeweises des Beklagten — das directe contrarium darzuthun, wie es einige Gerichte ausdrücken — zu erkennen, und das Uebrige zur Zeit auszusetzen, z. B. „Würde Kläger binnen Ordnungsfrist, mit Vorbehalt des vom Beklagten in gleicher Zeit zu führenden Gegenbeweises, zuvörderst rechtlich erweisen, daß u. s. w. so erginge sodann, sowohl in Ansehung der eingeklagten Forderung als auch wegen des Beweises der Einreden, weiter was sich zu Recht gebühret —" Wollte man schon jetzt beiden Theilen Beweise auflegen, z. B. , Würde Kläger, salva reprobatione, des Beklagten, erweisen, daß u. s. w. imgleichen Beklagter, ebenfalls mit Vorbehalt des vom Kläger zu führenden Gegenbeweises, rechtlich darthun, daß u. s. w. so erginge u. s. w., so würde das freilich die Sache abkürzen, aber genau betrachtet, immer doch die vorhin schon angeführte Vorschrift der Gesetze entgegen stehen, daß Beklagter nicht eher, als nach bewiesenen Klagegrunde seine Einreden zu beweisen schuldig sey (138). So lange also besondere Prozeßordnungen hierüber nicht anders verfügen, ist kein rechtlicher Grund vorhanden, den Beklagten zu einem

(138) s. die 14te Note.

einem Beweise früher zu nöthigen als jene Gesetze solchen erfordern, wenn er sich dieses nicht freiwillig gefallen lassen will. Die Abkürzung der Prozesse kann der Gesetzgebung zu bessern Einrichtungen Anlaß geben, aber den Richter berechtigt sie noch nicht, den Parteien eine von noch geltenden Vorschriften abweichende Ordnung aufzudringen.

Wenn der, Jemanden obliegende, oder freiwillig von ihm übernommene, Beweis angetreten und fortgesetzt ist, so muß allemal in dem darauf folgenden Urtheile nicht allein, in wiefern er ihn geführt habe oder nicht, bestimmt entschieden, sondern auch zugleich die rechtliche Folge des Einen oder des Andern ausgedrückt werden; z. B. „daß Kläger dasjenige, was ihm im vorigen Urtheile vom u. s. w. zu erweisen auferlegt worden, wie Recht, erwiesen habe, daher Beklagter die libellirte Summe zu zahlen verbunden, er könnte und wollte denn binnen Ordnungsfrist, mit Vorbehalt des vom Kläger in gleicher Frist zu führenden Gegenbeweises rechtlich darthun, daß er sich mit Klägern über die Schuld dergestalt verglichen, daß u. s. w. so erginge dann weiter was Rechtens.“

38 Der auf die Antwort des Beklagten folgende replicirende Vortrag kann sehr verschiedenen Inhalts seyn. Der Kläger kann darin

a) seinen Klagegrund gegen das Ableugnen des Beklagten in jure et facto zu unterstützen suchen. Wird in diesem Betrachte noch irgend eine Thatsache als zu jenem Grunde gehörig hinzugefügt, oder berichtigt, so versteht es sich von selbst, daß in Ansehung des Beweises hier eben das gelte, was überhaupt bei dem Grunde der Klage Rechtens ist.

b) Er kann besonders auf die Einreden des Beklagten antworten, und die Wahrheit ihres faktischen Grundes ganz oder zum Theil bestreiten — Dies hat die Folge, daß Beklagter solchen bewahrheiten muß, wenn ihn in Ansehung seiner Antwort auf die Klage die Reihe des Beweises trifft — Dem Kläger ist dawider der Gegenbeweis nicht aufzugeben, sondern freizulassen — Actor replicando fit reus.

c) Er kann mit dieser Bestreitung der faktischen Wahrheit der Einreden die Angabe gewisser Thatsachen verbinden, um dadurch die Einreden, selbst wenn sie faktisch erweislich wären, zu entkräf-

ten

ten — Replik im eigentlichen Verstande (139) — Schutzreplik, wie es Siberth sehr anpassend nennt. Diese muß freilich der Kläger, aber doch nur dann erst beweisen, wenn Beklagter zuvor seine Einreden, worauf sich die Replik bezieht, gehörig dargethan hat; z. B. der Beklagte schützt die Einrede des Vergleichs vor. Der Kläger leugnet diesen, fügt aber hinzu, daß der Vergleich, wenn es auch seine Richtigkeit damit hätte, dennoch in der Folge, wieder aufgehoben sey. Diese Aufhebung kann ja nicht eher zur Frage kommen, als wenn zuvor die Eingehung des Vergleichs bewiesen ist. Bei dem alsdann dem Kläger aufzulegenden Beweise der Replik ist dem Beklagten ebenfalls der Gegenbeweis freizulassen. Wird daher, wie in der nächst vorhergehenden Form des Urtheils, erst auf Beweis der Einrede erkannt, so ist es schicklicher, der Replik zur Zeit entweder noch gar nicht zu erwähnen, oder wenigstens nur zu bemerken, daß das wahre Erkenntniß darüber noch ausgesetzt bleibe; z. B. am Schlusse des Urtheils: **so erginge dann besonders auch wegen der Replik des Klägers, daß dieser Vergleich in der**

(139) tit. I. *de replicat.* (IV. 14) und das. Höpfner im Commentar.

der Folge wieder aufgehoben sey, weiter was Rechtens. Wollte man diesen Beweis der Replik vom Kläger mit in den Gegenbeweis der Einreden nehmen lassen, so entginge alsdann dem Beklagten der ihm doch freizulassende Gegenbeweis in Ansehung der Replik, welches nicht weniger ungerecht seyn würde, als, wie vorhin bemerkt worden ist, wenn man dem Kläger den Gegenbeweis wegen der Einreden dadurch entzieht, daß dem Beklagten gestattet wird, diese in seinem wider den Klagegrund zu führenden Gegenbeweise zu bewahrheiten.

Ist der Beweis der Einrede des Beklagten geführt worden, so wird jetzt in folgender Form zu erkennen seyn: „daß Beklagter dasjenige, was ihm in dem vorigen Urtheile vom u. s. w. zu erweisen auferlegt worden, wie Recht, erwiesen, daher derselbe von der angestellten Klage (ganz, oder zum Theil, oder in sofern, daß u. s. w.) zu entbinden, es könnte und wollte denn Kläger, wie ihm zu thun obliegt, binnen Ordnungsfrist seine Replik, daß der Vergleich in der Folge wieder aufgehoben worden sey, rechtlich erweisen, dessen genösse er, mit Vorbehalt des vom Beklagten in gleicher Zeit zu führenden Gegenbeweises noch billig, und erginge sodann u. s. w.

d) Der

d) Der Kläger kann endlich die Thatsachen, worauf die Einreden sich gründen, zugestehen, und andere Fakta dagegen vorbringen. Er räumt z. B. die Eingehung des Vergleichs mit Beklagten ein, und behauptet dagegen, daß man in der Folge wieder davon abgegangen sey. Hier, wo man nicht sagen kann, actor replicando fit reus, muß natürlich dem Kläger sogleich, auch neben dem Beweise des Klagegrundes, wenn dieser geleugnet wird, die Bewahrheitung der Schutzreplik, mit Freilassung des Gegenbeweises des Beklagten, auferlegt werden.

Duplicirende Antwort des Beklagten ist im39 allgemeinen Verstande jede Erwiederung desselben auf die Replik des Klägers. In diesem weitläufigen Sinne begreift dieser Vertrag in sich

a) die wiederholte Bestreitung der Wahrheit des Klagegrundes, und die Ablehnung dessen, was der Kläger zur Unterstützung der Klage angeführt hat. Hier bleibt es natürlich dabei, daß der Kläger den Beweis des Abgeleugneten führen müsse, wie bei der Klage bereits bemerkt worden ist.

b) Die wiederholte Ausführung und nähere Begründung der vorgeschützten Einreden, — neue

Exce=

Exceptionen sollen hier eigentlich nicht vorkommen — In diesem Betrachte bleibt es ebenfalls bei dem Beweise der Einreden, und bei dem was darüber schon vorhin gesagt ist.

c) Die Beantwortung der eigentlichen Replik des Klägers im strengen Verstande genommen — Schutzreplik — und zwar zuvörderst die Erklärung über Wahrheit und Unwahrheit der vom Kläger zur Entkräftung der Einreden des Beklagten angeführten Thatsachen. Der Beklagte kann diese theils

aa) zugestehen. Dadurch geht, wenn die Replik als solche den Rechten nach gültig ist, zwar die Einrede verloren, aber der Klagegrund ist eben dadurch noch nicht für zugestanden zu achten. Wenn der Beklagte auch zugibt, daß ein über die Forderung des Klägers geschlossener Vergleich in der Folge wieder aufgehoben sey, so läßt sich daraus doch noch nicht folgern, daß er nun auch die in der Einlassung auf die Klage abgeleugnete Forderung selbst als richtig anerkannt habe. Hier bleibt es also bei dem vom Kläger zu führenden Beweise des Klagegrundes;

bb)

bb) theils ganz oder zum Theil ableugnen; da denn der Kläger, nach zuvor bewiesenen Einreden des Beklagten, den faktischen Grund der Replik, so weit dieser ihm abgeleugnet ist, darthun muß.

d) Die Anführung neuer Thatsachen, zur Beseitigung der vorhingedachten Replik im strengen Verstande des Worts, es sey nun, daß Beklagter diese letztere an sich in facto zugesteht, oder ganz oder zum Theil leugnet. — Duplik im engern und eigentlichen Sinne — (140) **Schutzduplik**, wie **Siberth** es nennt — z. B. wenn auf des Klägers Replik, daß der eingewandte Vergleich wieder aufgehoben sey, geantwortet wird, daß die Parteien ihn nach der Zeit doch wieder hergestellt haben. Dies muß der Beklagte beweisen — Reus duplicando fit actor — Der Beweis liegt ihm, sobald der Klagegrund bereits außer Zweifel gesetzt ist, entweder schlechthin ob, wenn er den faktischen Grund der Replik zugestanden, oder erst nach bewiesener Replik, wenn er diese abgeleugnet hat. Allemal aber ist dem Kläger, wenn auf Beweis der Duplik erkannt wird, der Gegenbeweis freizulassen. Im Ganzen kann hier folgende Form

des

(140) cit. tit. I. *de replicat.*

des Urtheils zur Erläuterung dienen: „Daß Kläger, was ihm im vorigen Urtheile vom u. s. w. — noch zu erweisen auferlegt worden, wie Recht erwiesen, daher der Beklagte, Einwendens ungeachtet, die libellirte Schuld, sammt den rückständigen Zinsen und Kosten zu bezahlen schuldig, es könnte und wollte denn derselbe annoch binnen rechtlicher Frist, mit Vorbehalt des in gleicher Zeit von Klägern zu führenden Gegenbeweises rechtlich darthun, daß der im Jahr 1800 geschlossene, im folgenden Jahre aber erwiesener Maßen aufgehobene Vergleich durch nachherige Vereinbarung der Parteien wieder hergestellt sey, dessen genösse er noch billig und erginge sodann u. s. w.“

40 Nach der bisher gegebenen Anleitung ist nun auch die Reihe der Beweisführung in Ansehung der weitern Vorträge in der Triplik, Quadruplik u. s. w. sehr leicht zu bestimmen.

Beiläufig erhellet aus dem Vorigen, daß es eigentlich widersinnig sey, wenn auf die Replik des Klägers dem Beklagten aufgegeben wird, absque novis zu duplicirem. Freilich neue Einreden soll er jetzt nicht mehr vorbringen; aber die Duplik im eigentlichen Verstande besteht ja eben in der Anfüh-

führung neuer Thatsachen, um dadurch die Replik, wenn sie auch erweislich wäre, außer Wirkung zu setzen; daher man jenen Zusatz billig nicht gebrauchen sollte (141).

Durch die abwechselnden Beweisauflagen, wie sie bisher der Reihe nach angeführt sind, wird freilich eine Streitsache von dem Ziele ihrer völligen Beendigung von Zeit zu Zeit entfernt, dem sie sich allerdings eher nähern würde, wenn der Beweis des Klagegrundes und der Replik, so wie der Einreden und der Duplik zugleich geführt werden müßte. Da aber dies eines Theils in den Gegenbeweisen, welche dadurch bald dem Kläger, bald dem Beklagten würden entzogen werden, große Hindernisse findet, andern Theils auch die vorhin angeführten Gesetze die Sache ausdrücklich anders bestimmen, und Niemand schuldig ist, sich die Last der Beweisführung eher, als bis es auf den Umstand, den er darthun soll, wirklich ankommt, aufbürden zu lassen; so sieht ein Jeder, daß die Richter, welche auf jene Art der Abkürzung des Verfahrens Bedacht nehmen wollten, ihre Urtheile gerechten Einwürfen aussetzen würden.

(141) Sibeth erster Nachtrag S. 73. N. 1.

41 III. Gemeiniglich lassen es zwar die Parteien an ausdrücklicher Angabe der Thatsachen, die zu ihrem Frieden dienen, und worauf sich ihre Anträge gründen, nicht fehlen. Der Regel nach sollen sie das auch nicht; und gewöhnlich trifft es sich daher, daß derjenige beweisen muß, der gewisse Umstände für sich anführt. In sofern kann man, nach dem was meistens geschieht, den Satz gelten lassen, ab allegante fit probatio, oder wie es in unsern Gesetzen selbst heißt: ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat (142). Allein als eine ausschließende und durchgreifende Bestimmung des zum Beweise Verpflichteten kann man dieses nicht annehmen. Das Gesetz sagt keineswegs, daß nur der qui dicit, dieser aber immer, und kein Anderer beweisen solle. Was den Gegensatz: non qui negat, betrifft, so ist davon vorhin schon ausführlich geredet worden. Hier bemerken wir nur, daß das Behaupten einer Sache keineswegs eine wesentliche Bedingung der Verbindlichkeit zur Beweisführung sey. Es kann vielmehr 1) eine Partei etwas gar nicht besonders anführen, und natürlich doch den Beweis davon übernehmen müssen. Genug, daß sie etwas verlangt, was ohne einen gewissen

(142) L. 2. D. *de probat.*

wissen faktischen Grund nicht verlangt werden kann. Man darf hiebei nur an die Erfüllung des Contrakts erinnern, welche derjenige, der seiner Seits aus einem zweiseitigen Handel klagen will, allemal beweisen muß, er mag sie für sich als geschehen angeführt haben oder nicht. In der bekannten Form der Urtheile: es könnte und wollte denn Kläger oder Beklagter annoch rechtlich beweisen, daß u. s. w. wird häufig Jemanden ein Beweis über Thatsachen freigelassen, die ihm zur Begründung seiner Absicht noch zu Gute kommen, obgleich eine bestimmte Behauptung derselben in seinen Vorträgen nicht vorkommt. Es kann aber auch wiederum 2) Jemand als vermeinten Grund seiner Klage oder Einrede etwas anführen, was bei dieser Klage oder Einrede, die er wirklich geltend zu machen sucht, nicht wesentlich vorauszusetzen ist; z. B. wenn er da, wo zum Erwerb des Eigenthums die Uebergabe nicht erfordert wird, dennoch diese als modum adquirendi anführt. Hier muß ihn auch der Richter mit unnöthiger Beweisführung nicht belästigen, sondern den Beweissatz nur auf dasjenige einschränken, was zur Begründung des in Anrege gekommenen Rechts wesentlich gehört, in sofern das unter den Parteien noch streitig ist; nichts kann aber in solchen Fällen unzutref-

fen-

fender, und zugleich dem Zweck der Rechtspflege mehr entgegen seyn, als der Gebrauch jenes unbestimmten Ausdrucks in den Urtheilen; „daß Kläger — oder Beklagter — den Grund seiner Klage — oder Einrede — und so viel ihm daran verneinet worden, zu beweisen schuldig;" wodurch der Gegner die beste Gelegenheit erhält, den Beweisführer zu chikaniren, dieser aber in nicht geringe Verlegenheit gesetzt wird, wenn es ihm darum zu thun ist, den eigentlichen Grund seines Antrags von den überflüssigen, und zur Sache nicht gehörigen Umständen abzusondern. — Hiernächst kann auch

3) Jemand einen Umstand für sich anführen, der allerdings bei der Sache selbst wesentlich in Betrachtung kommt, aber eigentlich die Begründung der Absicht des Gegners betrifft, da denn dieser, nicht aber der, welcher den Umstand für sich anführte, den Beweis zu übernehmen hat; z. B. wenn eine Gemeinde dem Kläger, welcher auf Bezahlung des ihrem Vorsteher angeliehenen Geldes dringt, den Umstand entgegensetzt, daß das Geld in ihren Angelegenheiten nicht verwandt sey, so liegt dem Kläger der Beweis ob, weil durch dieses Anführen eine Sache bestritten wird, ohne welche er gegen die Gemeinde selbst mit keiner Klage durchkommen kann.

IV) Nach dem bisher angeführten Grundsä- 42
zen ist nun die Frage: Wer beweisen müsse? in streitigen Fällen der Regel nach zu bestimmen, sobald Thatsachen vorkommen, die nicht schon rechtlich in Gewißheit gesetzt, oder vom Gegner zugestanden sind. Im Ganzen können wir uns zwar hiebei auf das, oben in dem Aufsatze vom Geständnisse überhaupt schon Gesagte, beziehen. Allein ein wichtiger Punkt — das sogenannte qualificirte Geständniß — ist noch unerörtert geblieben, jedoch um so weniger zu übergehen, da er den Richtern nicht selten zu schaffen macht, wenn sie bei Gelegenheit desselben dem einen, oder dem andern Theile den Beweis aufzulegen haben.

Der Ausdruck: **qualificirtes** Geständniß, kommt bei den Rechtsgelehrten in einer doppelten Bedeutung vor. **Einmal** wird darunter im Gegensatz confessionis nudae vorzüglich von den Lehrern des Criminalrechts (143) ein durch andere Gründe für die Wahrheit seines Inhalts unterstütztes Geständniß begriffen; **zweitens** wird es sowohl im Criminal- oder Civilprozesse dem reinen

oder

(143) *G. J. F. Meister* princ. jur. crimin. §. 405. edit. 4.

oder uneingeschränkten Bekenntnisse — confessioni purae — entgegengesetzt, in sofern Jemand gewisse Thatsachen zwar nicht durchgängig in Abrede zieht, aber doch auch nicht gerade so, wie sie gegen ihn vorgebracht werden, sondern mit bestimmten Einschränkungen, und mit Hinzufügung anderer Verhältnisse, als richtig anerkennt. Man nennt dies auch bedingte Geständnisse; wiewohl dieser Ausdruck mit dem eingeschränkten oder qualificirten Geständnisse nicht ganz synonimisch gebraucht werden sollte. Bedingtes Geständniß ist nach **Sibeths** (144) richtiger Bemerkung eigentlich ein Antrag zu einer Vereinbarung der Parteien über einen gewissen Umstand; z. B. ich will dies als wahr annehmen, wenn man mir dagegen auch das als richtig gelten lassen will. Durch dergleichen Erklärung, die in den Vorträgen der Parteien allerdings vorkommen, wird zur Zeit noch nichts eingeräumt. Das qualificirte oder eingeschränkte Geständniß erkennt eine gewisse Thatsache geradezu schon als wahr an, fügt aber Einschränkungen oder andere Verhältnisse hinzu. In dieser Beziehung ist es hier etwas näher zu erörtern. Der Kläger z. B. behauptet, das Haus vom Beklag-

ten

(144) S. die folgende Note.

ten für eine gewisse Summe gekauft zu haben. Der Beklagte leugnet zwar im Ganzen den Handel nicht ab, behauptet aber, daß er nicht unbedingt, sondern in der Voraussetzung, wenn in zwei Monathen nicht mehr dafür geboten würde, geschlossen sey. Oder: der Verkäufer eines Hauses klagt gegen den Käufer. Dieser gesteht a) das Haus gekauft, b) 6000 Rthlr. Kaufgelder versprochen zu haben, fügt aber hinzu c) daß nicht bloß das Haus, sondern ein gewisser Theil der Meublen, der Büchervorrath u. s. w. in dem Handel, und in jener Kaufsumme mit begriffen gewesen sey. Ferner: der Beklagte gesteht den Handel, woraus gegen ihn geklagt worden, als richtig zu, will aber bei Schließung desselben noch minderjährig, oder wahnsinnig, oder betrunken gewesen seyn. Hier entsteht nun die Frage: ob durch Geständnisse dieser Art der faktische Klagegrund an sich außer Streit gesetzt sey, dergestalt, daß es jetzt nur auf den Beweis der Einschränkung ankomme, da denn freilich der Beklagte diesen würde übernehmen müssen; oder im Gegentheil, ob das Fundament der Klage jetzt noch einen weitern, nämlich die gegenseitige Einschränkung ausschließenden Beweis erfordere? Hier ist es, wie ein Jeder, auch ohne daran erinnert zu werden, sogleich einsieht, wo es vorzüg-

lich darauf ankommt, das, was zur Begründung der Klage erforderlich ist, von dem, was eigentlich zu den Einreden des Beklagten gehört, und so weiter auch, was zur Rechtfertigung der letztern genügt, von dem zu unterscheiden, worauf die Replik des Klägers sich gründet. Die Rechtsgelehrten sind hier nicht einig, und es ist schon Manches über die Sache geschrieben worden, um sie aufs Reine zu bringen (145). Vor allen Dingen ist der Punkt, worauf es eigentlich ankommt, bei diesem Streite gehörig zu bestimmen. Man pflegt die Frage so auszudrücken: ob ein streitender Theil das gegenseitige qualificirte Geständniß, so weit es ihm günstig ist, annehmen, hingegen die beigefügte Einschränkung oder den Zusatz ableugnen, und

(145) Man sehe vorzüglich Sibeth Skizze einer Theor. v. gerichtl. Klagen u. s. w. S. 38. und 1ster Nachtrag, S. 21. u. s. w. vergl. *J. H. Böhmer* J. E. P. II. 18. 2. Claproth ordentl. Proz. §. 217. Danz Grundsätze d. gemein. ordentl. Proz. §. 297. *Frid. de Graffen* de confessione qualificata. Goett. 1769. Gmelin und Elsässer gemeinnütz. Beob. II. 8. Meisters Erkenntn. in peinl. Fällen. I. 43. Münter von den Erfahrungen in der ausübenden Rechtsgel. Zelle 1799. I. 13. Gönner Handb. des Proz. IV. 44.

und darüber den Beweis vom Gegner erwarten dürfe? d. i. wie auch kürzer gefragt wird: ob das qualificirte Geständniß sich theilen lasse? Beides drückt aber die Sache selbst, und was man eigentlich zu wissen verlangt, nicht gehörig aus, wie Sibeth schon richtig bemerkt hat. Denn an sich ist gar nicht abzusehen, wie es einmal zur Frage kommen könne, warum das qualificirte Geständniß nicht sollte getheilt, oder das, was wirklich darin zugestanden wird, als wahr angenommen, das übrige aber bestritten werden können? Wenn der Beklagte antwortet: Ich habe zwar mit dir einen Kauf verabredet, aber nur unter gewissen Bedingungen; so ist doch der Kläger ganz unleugbar berechtigt, soviel schon als erwiesen anzunehmen, daß überhaupt ein Contrakt, und zwar ein Kaufcontrakt zwischen ihm und Beklagten zu Stande gekommen sey. Wer wird aber wohl je behaupten wollen, daß der Kläger, wenn er dies als erwiesen annehmen wolle, nun auch das Uebrige, was der Beklagte noch weiter hinzufügt, ebenfalls für richtig anerkennen müsse? Offenbar kann er sagen: das gegenseitige Vorgeben einer Bedingung u. s. w. ist falsch; der Handel ist unbedingt abgeschlossen worden. Und was ist denn das anders, als das Geständniß theilen? Dies kann also mit Vernunft

und

und Recht nie unzulässig genannt werden. Allein indem der Kläger sich so, wie gesagt, und wie es ihm unstreitig freisteht, über das gegenseitige Geständniß erklärt, kann er freilich noch nicht gleich verlangen, daß nun auch der Beklagte den Beweis dessen, was jetzt noch unter beiden streitig ist, übernehmen müsse. Dies ist es, worauf es bei der streitigen Rechtslehre, wovon hier die Rede ist, recht eigentlich nur ankommt. Man hätte also auch bloß hierauf die Frage einschränken sollen, in wiefern nämlich das qualificirte Geständniß demjenigen, der es abgelegt hat, die Verbindlichkeit auflege, in Ansehung des faktischen Zusatzes, wenn dieser vom Gegentheile bestritten wird, den Beweis zu übernehmen. Nun sind bei dem qualificirten Geständnisse hauptsächlich nur zwei Fälle denkbar. 1) Wenn durch dasselbe die Thatsachen, worauf Klage oder Einrede sich gründen, nur zum Theil, oder nicht so, wie sie dem gegenseitigen Vortrage zum Grunde liegen, sondern mit andern Bestimmungen zugestanden werden. 2) Wenn der faktische Grund des gegenseitigen Anbringens, so weit es die Rechtfertigung desselben an sich erfordert, ganz eingeräumt, mithin Das, was eigentlich zur Begründung der Klage oder Einrede selbst nur gehört, als wahr und richtig zugegeben wird,

nun

nun aber besondere Umstände und Verhältnisse angeführt werden, um dadurch die gegenseitige Absicht zu bestreiten. Zu den Fällen der erstern Art gehört es, wenn der Beklagte die Schließung eines Contrakts überhaupt zwar zugesteht, aber dagegen behauptet, daß der Handel selbst gleich Anfangs bedingt, oder mit gewissen Einschränkungen geschlossen sey, oder wenn der Käufer behauptet, daß nicht das Haus allein, sondern die Meublen, die Bibliothek u. s. w. zugleich mit in dem Handel begriffen gewesen seyen. Zu den Fällen der zweiten Art hingegen würde die Gegenbehauptung des Beklagten gehören, daß in der Folge, nach völlig abgeschlossenen Handel, noch besondere Bedingungen oder Einschränkungen verabredet wären, ferner, daß er, Beklagter, bei der Schließung des Kaufs noch minderjährig, betrunken oder wahnsinnig gewesen, daß er zu den gegen den Kläger verübten Thätlichkeiten durch dessen Angriff gereizt sey u. s. w. Man muß nur, wie hieraus ganz deutlich erhellet, in vorkommenden Fällen, um das qualificirte Bekenntniß in seinen Folgen richtig zu beurtheilen, erst mit der Frage aufs Reine seyn, was eigentlich zur Begründung der Klage oder Einrede, wovon die Rede ist, gehöre. Hat der Gegner dies nicht, oder nicht ganz

eingeräumet, so muß es von dem, der es für sich anführt, völlig durch Beweis außer Zweifel gesetzt werden; im umgekehrten Falle aber, wenn dies alles zugestanden ist, muß der Gegner die facta, welche er für sich anbringt, beweisen.

43 Prüfet man nun jene Fälle der erstern Art etwas genauer, so muß natürlich der faktische Grund der Klage oder Einrede, so weit er abgeleugnet ist, durch Beweis außer Zweifel gesetzt werden. Dies leidet nur dann eine Ausnahme, wenn der dem Kläger zugestandene Umstand zugleich eine Rechtsvermuthung für die übrigen Behauptungen, welche der Beklagte zu bestreiten sucht, erzeugt. Wer actione de partu agnoscendo belangt wird, und den Beischlaf im siebenten, achten, neunten oder zehnten Monath vor der Geburt des Kindes mit der Mutter desselben einräumt, gleichwohl aber die Vaterschaft ableugnet, hat die Vermuthung der Gesetze gegen sich, und kann daher die Klägerin nicht weiter mit Beweisen beläftigen. Wenn aber dem Kläger dergleichen gesetzliche Vermuthung nicht zu Statten kommt, so muß er auch seinen Klagegrund, so weit er ihm abgeleugnet ist, gehörig bewahrheiten. Ist nun z. B. aus einem unbedingten Kauf geklagt worden, und der Be-

klagte

klagte bestreitet diese Eigenschaft, da er vielmehr behauptet, daß Bedingungen dabei verabredet wären, so kann der Kläger, wie schon vorhin bemerkt ward, im Allgemeinen zwar den Umstand als zugestanden annehmen, daß überhaupt zwischen ihm und dem Beklagten ein Contrakt geschlossen sey, aber das kann er doch nicht behaupten, daß dieser Handel gänzlich so, wie er daraus geklagt hat, eingeräumt sey. Denn dies hat ja der Beklagte offenbar durch die Angabe des bedingten Kaufs bestritten, mithin muß der Kläger nun erst beweisen, daß ein solcher Handel, wie ihn der Klagevortrag zum Grunde legt, nämlich ein reiner Kauf, ohne beigefügte Bedingung abgeschlossen sey. Man kann hiegegen nicht anführen, daß Bedingungen nicht vermuthet würden, oder nicht mit Claproth einwenden, „daß unter tausend Verträgen kaum einer Bedingungsweise geschlossen würde, warum also der Kläger beweisen solle, daß der Vertrag ohne alle Bedingung geschlossen sey?“ — Denn die Schließung eines Contrakts, sie geschehe, in welcher Form man will, ist immer res facti, wird überhaupt nicht, mithin auch in der unbedingten Form nicht, vermuthet, welche der Kläger für sich anführt, und wenn der Beklagte diese Form leugnet, dagegen aber eine bedingte Verabredung vorwen-

wendet, so läßt sich mit keinem Grunde dem Beklagten nun doch eine Vermuthung entgegensetzen, daß er anders, als er zugesteht, contrahirt habe. Welches Gesetz rechtfertigt wohl je eine solche Vermuthung. Daß viel häufiger unbedingte als bedingte Verträge geschlossen werden, kann die Sache zum Nachtheil dessen nicht ändern, der gleichwohl bestimmt behauptet, daß er nur unter gewissen Bedingungen gehandelt habe. Auf den Einwurf, daß der Kläger einen verneinenden Satz nicht schuldig sey, zu beweisen, ist gar nicht zu achten, wie aus dem Vorhergehenden deutlich erhellet. „Gründet sich aber," um mit Claproth weiter zu reden, „nicht der Beklagte in der Bedingung zur Entkräftung der Klage, und ist er nicht diese Einrede zu beweisen schuldig, da er sie behauptet, der Kläger aber leugnet?" Dies macht allerdings eine genaue Aufmerksamkeit des Richters nöthig, da bei diesen qualificirten Geständnissen der erstern Art, die Bestreitung des faktischen Klagegrundes, und das Vorbringen einer Einrede gewissermaßen zusammentrifft. Bestreitung des Klagevortrags — inficiatio — ist es in sofern, als der Beklagte nicht zugesteht, den Handel rein und unbedingt geschlossen zu haben, hingegen als Einrede kann das besondere Anführen dieser oder jener

be-

bestimmten Einschränkung oder Bedingung betrachtet werden, die nach Beklagtens Behauptung wirklich hinzugefügt oder verabredet seyn soll. Beides vereinigt sich hier in der Gegenbehauptung des Beklagten, daß der Handel selbst gleich Anfangs nicht rein, sondern bedingt, und zwar mit Verabredung dieser oder jener Bedingung geschlossen sey. Um aber bei manchen Richtern recht sicher zu gehen, ist es dem Beklagten nach Siberths Bemerkung wohl anzurathen, sich statt der bejahenden und eigentlichen Form des qualificirten Geständnisses: „Ich gestehe, mit Klägern contrahirt zu haben, jedoch nur unter folgenden Bedingungen, daß u. s. w.“ sich lieber in verneinenden Ausdrücken über den Klagegrund vernehmen zu lassen: „Ich leugne, mit Klägern einen unbedingten Kauf, wie er ihn vorgibt, geschlossen zu haben; behaupte vielmehr dagegen, daß folgende Bedingungen verabredet sind.“

Diesem allen zur Folge ist der Kläger schuldig, den unbedingt geschlossenen Handel zu beweisen. Aber auch nur dies liegt ihm ob, darzuthun. Kann er also einen schriftlich vollzogenen Contrakt beibringen, in welchem von keiner Bedingung die Rede ist, oder bei mündlich verabredetem Geschäfte durch Zeugen einen reinen Handel bewahrheiten,

so

so trifft nun die Reihe des Beweises den Beklagten, welcher entweder dennoch die bedingte Vereinbarung darthun, oder sich gefallen lassen muß, nach der vom Kläger behaupteten und erwiesenen Form des Contrakts verurtheilt zu werden. Nicht anders verhält es sich auch in dem vorhin angeführten Beispiele, da der Beklagte zwar gestand, das Haus gekauft zu haben, aber mit demselben zugleich auch noch andere Sachen für denselben Preis erhandelt haben wollte. Der klagende Verkäufer muß dann unstreitig darthun, daß nur das Haus und nichts mehr den Gegenstand des Handels ausgemacht habe. Dem Beklagten aber ist dagegen der besondere Beweis seiner bestimmten Angaben freizulassen. Es steht bei ihm, dies als direkten Gegenbeweis sogleich beizubringen, oder als Beweis der Einrede nachzuholen. Nur wird immer hiebei vorausgesetzt, daß seiner Behauptung nach die Verbindung mehrerer Gegenstände des Kaufs gleich Anfangs den Handel ausgemacht habe. Denn wollte er erst nach abgeschlossenem Kaufe diese oder jene Zugabe zu dem Objekte des Contrakts noch mit dem Verkäufer verabredet haben, so würde dies als bloße Einrede gegen eine an sich schon völlig begründete Klage zu betrachten seyn, mithin auch die Last des Hauptbeweises al-

lein

lein den Beklagten treffen, wie dies überhaupt in den vorhin angeführten Fällen der zweiten Art zutrifft.

Hier genügt es dem Kläger, daß wirklich das44 vom Beklagten zugestanden ist, was an sich zur Begründung der Klage gehört. Wenn also der Beklagte vorschützt, daß er zur Zeit des Handels minderjährig, betrunken oder wahnsinnig gewesen sey, so wird hiedurch von dem, was zur Begründung der Klage an sich nur gehört, (n. 18 u. s. w.) nichts bestritten, mithin besteht alles dieses nur in Einreden, die der Beklagte zu beweisen schuldig ist, wenn er jenen Grund der Klage nicht zu leugnen vermag. Hat ferner der Beklagte die Gewaltthätigkeiten, derentwegen ihn der Kläger in Anspruch nimmt, an sich zugestanden, dagegen aber den Zustand einer rechtmäßigen Vertheidigung vorgeschützt, so liegt es ihm auch ob, durch rechtlichen Beweis desselben sein Verfahren, was sonst die Klage zureichend begründet, zu rechtfertigen (146). In allen diesen Fällen verhält sich also die Sache ganz anders, als bei denen der erstern Art, z. B. dem vorhin erwähnten Vorwande des bedingten Handels. Denn dort ward durch das qua=

(146) Art. 141. d. peinl. Gerichtsordn.

qualificirte Geständniß der faktische Klagegrund an sich nicht, so wie ihn der Kläger angebracht hatte, eingeräumt. Die Klage bezog sich auf einen reinen Kauf, den der Beklagte in Abrede stellte. Hier aber wird dem Kläger alles, was er zur Begründung seines Antrags nur zu sagen hat, eingeräumt, dagegen aber aus andern ihm entgegenstehenden Thatsachen eine Einrede gegen ihn hergenommen. Dies würde also bei dem Vorwande eines unter Bedingungen geschlossenen Contrakts nur dann zutreffen, wenn der Beklagte die reine Abschließung des Handels zugestände, dagegen aber anführte, daß dieser in der Folge erst durch besondere Verabredung von gewissen Bedingungen wieder abhängig gemacht sey, wie schon die Glossatoren ad L. 9. C. de except. (VIII. 36.) hiebei richtig unterschieden ([147]).

Noch

([147]) Bei Gelegenheit dieses vorhin schon (Note 14.) angeführten Gesetzes kommt in der Glosse eine Erörterung der qualificirten Geständnisse vor, und zwar ganz eigentlich in Beziehung auf die Gegenbehauptung des Beklagten, daß der Handel, woraus gegen ihn geklagt worden, nicht pure, sondern bedingt geschlossen sey. Hiebei ist aber die Bemerkung Thibauts Syst. des Pand. R. §. 636. Note 11. noch etwas zu berichtigen. Es sind nur Zweifels.

Noch ein Paar Rechtsfälle mögen zur Anlei-
tung dienen, wie das qualificirte Geständniß in vorkommenden Fällen zu beurtheilen, und ob es zu den Fällen der erstern, oder der zweiten Art zu rechnen sey. a) Der Inhaber einer Zwangsmühle nimmt einen seiner Mahlgäste wegen sogenannten Ausmahlens in Anspruch. Der Beklagte ge-

a) Entscheidungsgründe, wonach die Glosse Anfangs den Beklagten als denjenigen ansieht, der schlechthin das Vorgeben des bedingten Handels beweisen müsse. Die Entscheidungsgründe lauten aber anders, und zeigen, daß man das Gegentheil richtiger gefunden habe, wenn nämlich der Beklagte wirklich vorgibt, der Handel sey gleich Anfangs bedingt geschlossen worden, welches die Glossatoren richtig von dem unterschieden, was in der Folge erst nach abgeschlossenem Handel verabredet seyn soll, welches Letztere freilich der Beklagte, der sich darauf beruft, beweisen muß. *Sed contra*, heißt es, *videtur negasse puritatem, nisi actor probet puritatem, vel conditionem extitisse, sicut enim actor non videtur in judicium deduxisse, quod non sentit: sic nec reus videtur confiteri quod non sentit. — — Qui conditionem apponit, in ipsa actionis nativitate apponat, quasi nec sit nata actio — — et sic aliud est, quam in exceptione pacti, vel simili, quae nascitur post nativitatem primae actionis.*

gesteht, Korn nach einer andern Mühle gebracht zu haben, leugnet aber, daß es sein Korn gewesen, oder für seine Bedürfnisse gemahlen worden sey, sondern behauptet dagegen, daß er es für andere, dem Zwangsrechte des Klägers nicht unterworfene Hauswirthe in eine andere Mühle gefahren habe. Muß nun der Beklagte diesen Vorwand, oder muß der Kläger beweisen, das Jener für seinen Gebrauch und seine Wirthschaft das Korn anderswo habe mahlen lassen. Man prüfe, ob der Beklagte durch das zugestandene Faktum schon so viel eingeräumt habe, als zur Begründung der angestellten Klage erforderlich ist. Dies wird sich nicht füglich behaupten lassen. Das Zwangsrecht des Klägers geht ja nicht dahin, daß andern Mühlen eines gewissen Distrikts überhaupt kein Korn zugebracht werden dürfe, mithin ist durch das bloße Fahren des Getreides nach einer benachbarten Mühle, welches Beklagter zugesteht, der Anspruch des Klägers noch nicht begründet, wenn jener nicht auch zugleich einräumet, daß er das Korn für sich und zu seinem Gebrauche, oder auch wissentlich für andere, dem Zwangsrechte des Klägers gleichfalls unterworfene Personen, dahin gebracht habe. An diesem Bekenntnisse fehlt es aber, vielmehr wird gerade der Punkt, worauf

es

es ankommt, vom Beklagten geleugnet, mithin muß der Kläger den Beweis desselben erst anbringen, und dadurch die Begründung seiner Klage ergänzen, ehe gegen den Beklagten, oder auch diesem nur der Beweis seiner Gegenbehauptung auferlegt werden kann.

b) Auf die aus einem Darlehn angestellte Klage antwortet der Beklagte, daß er zwar den Empfang der angegebenen Summe zugestehe, aber diese nicht vom Kläger geborgt, sondern nur zur Aufbewahrung erhalten habe, die Wiedererstattung aber darum nicht leisten könne, weil ihm das Geld mittelst gewaltsamen Einbruchs entwandt sey. Der Kläger widerspricht zwar beiden, allein vor allen Dingen muß er doch erst das vom Beklagten abgeleugnete mutuum beweisen. Kann er dies, so ist natürlich auf die Einrede der Unglücksfälle nicht weiter zu achten. Fehlt es aber an jenem Beweise, so kommt es darauf an, ob Beklagter den ihm nicht beizumessenden Verlust des Geldes darzuthun vermag, der ihn freilich, als Depositar betrachtet, gegen die Ansprüche des Klägers sichert (num. 21.)

c) Ein Schuldner setzt seinem klagenden Gläubiger die Einrede des bewilligten Nachlasses entge-

gen. Der Kläger gesteht zwar, daß er bei der Unterhandlung des Beklagten mit seinen Gläubigern dem Nachlaßvertrag äußerlich mit beigetreten, aber daß dies nur zum Scheine geschehen sey, um die Sache zu Stande zu bringen; daß hingegen Beklagter ihm unter der Hand die völlige Befriedigung zugesichert habe. Durch dies qualificirte Geständniß des Klägers ist unstreitig so viel in facto eingeräumt, als zur Begründung der Einrede des Beklagten rechtlich gefordert werden kann. Dieser braucht nichts mehr, als die wirklich erklärte Einwilligung des Klägers zu beweisen, wie das nur einem Jeden obliegt, der aus Verträgen Anderer ein Recht oder eine Befreiung herleitet. Daß es hingegen mit dieser Erklärung auch wirklicher Ernst gewesen, daß keine Simulation dabei vorgegangen, kein sie wieder aufhebender Vorbehalt dabei geschehen sey, braucht der nicht zu beweisen, der die äußere Form der Vereinbarung beider Theile beigebracht hat, sondern es kommt dem andern Theile, der dies bestreiten will, zu, das Gegentheil darzuthun. (n. 18. und 44.) Der Beklagte ist also hier unstreitig berechtigt, vermöge des gegenseitigen Geständnisses seine Einrede als förmlich wahr anzunehmen, und sich damit gegen die Forderung des Klägers zu schützen, wofern dieser seine

in der Replik vorgebrachte Gegenbehauptung nicht gehörig zu beweisen vermag.

V) Es ist aber gleich Anfangs bei Angabe 46
der allgemeinen Regel, wonach die Verbindlichkeit zur Beweisführung in Ansehung des Subjekts zu bestimmen ist, nicht unbemerkt geblieben, daß darin auch auf die Ausnahmen Rücksicht zu nehmen sey, welche nach besondern Vorschriften der Gesetze in vorkommenden Fällen Statt finden können. Und davon wird also nunmehr noch etwas näher zu reden seyn.

1) Die erste und vorzüglichste dieser Ausnahmen ist freilich, wenn das Gesetz für irgend eine Thatsache vollgültige Vermuthung sanctionirt hat.

Diese befreiet denjenigen, der sie für sich hat, vom Beweise, und zwar a) überhaupt, wenn der Beweissatz selbst, worauf es ankommt, schon rechtlich als wahr vermuthet wird; b) von weiterer Beweisführung, wenn Jemand eine Thatsache bewiesen hat, die nach rechtlicher Vermuthung eine Schlußfolge auf den Hauptumstand, den er zu beweisen schuldig ist, zuläßt; z. B. der Beklagte behauptet, und soll beweisen, daß die Schuld ihm erlassen, oder daß sie von ihm bezahlt sey. Er beweiset, daß ihm der Gläubiger die Hand-

schrift zurückgegeben habe (148). Dieß ist hinreichend, weil er nunmehr aus dieser Thatsache die Vermuthung für sich hat, daß die Schuld getilgt sey. Jetzt kommt also die Reihe des Beweises wieder an den Kläger, wenn er jene Schlußfolge aus der Zurückgabe der Verschreibung nicht gelten lassen will, sondern vielmehr dagegen behauptet, daß in hypothesi eine andere Ursache oder Absicht damit verbunden gewesen sey. — In dem vorhergehenden fünften Aufsatze ist übrigens von den Vermuthungen ausführlich gehandelt, und besonders gezeigt worden, was auch aus mehreren in dem gegenwärtigen Abschnitte vorkommenden Beispielen deutlich erhellet, daß die Richter große Ursache haben, gegen die Rechtsvermuthungen, womit die Schriften der ältern und neuern Rechtsgelehrten sehr freigebig sind, immer etwas mißtrauisch zu seyn, der-

glei-

(148) L. 15. C. *de solut.* (VIII. 43.) Quod debitori tuo cbirographum redditum contra voluntatem tuam adseveras, nihil de jure tuo diminutum est. Quibuscunque itaque argumentis jure proditis hanc obligationem tibi probanti, eum pro hujusmodi facto liberationem minime consecutum, judex ad solutionem debiti jure compellet. Schneider vom Beweise. S. 414.

gleichen nicht ungeprüft anzunehmen, sondern allemal erst die Gesetze selbst zu Rathe zu ziehen, ohne deren bestimmte Sanction sich durchaus keine praesumtio juris annehmen läßt, wofern nicht ein unleugbares, aber freilich wohl in den wenigsten Fällen erweisliches Gewohnheitsrecht ein Gleiches mit sich bringen sollte (149). Natürlich bedarf dies alles hier keine Wiederholung. Gerade mit dieser Materie steht übrigens eine der berühmtesten und ältesten Rechtscontroversen, nämlich über die Last des Beweises bei angestellter Negatorienklage in genauer Verbindung. Man weiß, daß in diesem Streite besonders von Präsumtionen für die Freiheit und für den Besitz die Rede ist, und bald der einen, bald der andern das Uebergewicht beigelegt wird. Ich habe mich über beide vermeinte Vermuthungen, so wie auch über den Beweis der Verneinung, worauf es bei jenem Streite gleichfalls ankommt, schon im Vorhergehenden, über die Controverse selbst aber, in einer andern Schrift (150) bereits näher erklärt, worauf ich mich also hier beziehe.

2)

(149) Bloße Meinungen der Doctoren können die Stelle dieses Beweises nicht vertreten.

(150) Beiträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden. II. und III. 16.

2) Bisweilen haben die Gesetze gewisse Personen durch besondere Begünstigung von der Last der Beweisführung befreiet, welche sie sonst der Regel nach würden übernehmen müssen. Dergleichen jus singulare, welches also die zweite Ausnahme von jener Regel ausmacht, findet nach Vorschrift der Gesetze Statt, wenn Minderjährige, Weiber, Soldaten, oder andere, des Rechts und der rechtlichen Geschäfte unkundige Personen, eine geleistete Zahlung als unpflichtig zurückfordern, da alsdann nicht ihnen, als Klägern, wie es sonst condictio indebiti mit sich bringt, der Beweis der Nichtschuld, sondern dem Beklagten der Beweis der mit Recht erhaltenen Zahlung, obliegen soll (151).

3) Die dritte Art der Ausnahme findet sich in sehr gerechten Anordnungen der Gesetze zur Strafe des Beklagten, der entweder A) einen gewissen

(151) L. 25. §. 1. D. *de probat.* verb. Sin autem is, qui indebitum quaeritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agricultor et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, et desidia deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas: et si non ostenderit, eas redhibere.

wissen Umstand vorsätzlich wider die Wahrheit vor Gericht ableugnet, oder B) durch Vorsatz oder grobes Versehen den Kläger beschädigt, wenigstens denselben außer Stand gesetzt hat, seine Forderung der Quantität nach durch die ordentlichen Beweismittel zu begründen. A) Das wahrheitswidrige Leugnen eines Umstandes kann den Beklagten verpflichten, nunmehr auch in der Hauptsache die ihm sonst nicht obgelegene Beweisführung entweder sogleich unmittelbar, oder mittelst der Stelle des Klägers, die ihm jetzt nur übrig bleibt, zu übernehmen. Dahin gehört a) wenn Jemand condictione indebiti belangt wird, und den Empfang der Zahlung überhaupt leugnet, dessen aber danächst überwiesen wird. Jetzt muß er beweisen, daß er das an ihn Gezahlte wirklich zu fordern hatte (152). b) Wenn der Beklagte eines vorsätzlich wider die Wahrheit abgeleugneten Besitzes überwiesen wird, so muß er die Sache dem Kläger abtre-

(152) L. 25. pr. D. *eod.* verb. Si quidem is, qui accepisse dicitur rem, vel pecuniam, indebitam, hoc negaverit; et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit: sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas,

das,

abtreten, und nun sein Recht klagend verfolgen, mithin auch beweisen (153). c) Wenn der dritte Besitzer einer als Pfand gegen ihn verfolgten Sache das Eigenthum des in der Klage angegebenen Verpfänders leugnet, und der Kläger dies beweiset, so muß jener erst den Besitz der Sache abtreten, und nun ein besseres oder vorzüglicheres Recht an der Sache ausführen (154).

B) Ist der Beklagte in Ansehung eines dem Kläger zugefügten Schadens, oder in Ansehung der Ungewißheit, worin sich die Forderung des Klä-

das, quod pecuniam debitam accepit, per etenim absurdum est, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. —

(153) L. 80. D de R. V. (VI. 1.) In rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere, se non possidere: ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non adprobaverit. Nov. 18. cap. 10. *Stryk* U. M. tit. de rei vind. §. 19.

(154) cit. Nov. 18. cap. 10. Auth. Item possessor C. *qui pot. in pign.* (VIII. 18.)

Klägers befindet, bereits des unerlaubten Vorsatzes, oder eines groben Versehens rechtlich überwiesen zu achten, so erlauben die Gesetze statt weiteren Beweises dem Kläger den Schätzungseid — juramentum in litem — Dieser Eid enthält allerdings eine beträchtliche Abweichung von der Regel des Civilrechts, und ist als etwas ganz Besonderes in poenam doli et contumaciae von den Gesetzen vorgeschrieben. Allein eine sehr mangelhafte und unbefriedigende Vorstellung ist es, wenn man diese Abweichung, und das Eigenthümliche des gedachten Eides bloß in dem Gegenstande, der dadurch beschworen wird, d. i. dem sogenannten Affektionspreis, anzutreffen glaubt. Man lese doch die Gesetzstellen des Titels: de in litem jurando einmal der Reihe nach durch; kaum beiläufig geschieht darin jenes Werths der besondern Vorliebe Erwähnung. Es wird genügen, hier kürzlich in Erinnerung zu bringen, was bei einer andern Gelegenheit (155) bereits über die Sache bemerkt worden ist. Die ganze Anordnung der Gesetze ist diese: Der Regel nach ist jeder Kläger schuldig, die Thatsachen, worauf sein Recht beruht, in quali et quan-

(155) Neue allg. D Bibliothek. Anhang zum 1sten bis 28sten Bande 3te Abth. Seite 86.

quanto, gehörig zu beweisen. Kein Gesetz erlaubt ihm aber, nach der Regel des Civilrechts, als Zeugen in seiner eigenen Sache aufzutreten, und bloß durch seinen Eid jene Beweisführung zu bewerkstelligen. Wie aber, wenn eben ein rechtlich erwiesener, wenigstens dafür anzunehmender, dolus, oder Aktenkundiger Ungehorsam des Beklagten jene Ungewißheit in facto, und den Abgang ordentlicher Beweismittel veranlaßt? z. B. ein Vormund läßt es an der Beibringung eines Inventarii fehlen, und setzt dadurch den Pupillen außer Stand, sein Vermögen zu beweisen; (156) oder der Kläger hat bereits den Beklagten überführt, daß dieser Urkunden, die zum Beweise gegen ihn hatten gebraucht werden sollen, absichtlich auf die Seite geschafft, oder ihn sonst vorsätzlich um das Seinige gebracht habe. In diesen und ähnlichen Fällen ist es, wo die Gesetze zur Strafe des Beklag-

(156) L. 7. pr. D. *de admin. et per tutor.* (XXVI. 7) Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo feciſſe videtur: niſi forte aliqua neceſſaria et juſtiſſima cauſa allegari poſſit, cur id factum non ſit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione eſt, ut teneatur in id quod pupilli intereſt: quod ex jurejurando in litem aeſtimatur.

klagten dem Kläger gestatten, den Gegenstand seines Rechts eidlich selbst zu bestimmen. Allerdings kann der Kläger nun auch bei diesem Eide auf alles Rücksicht nehmen, was ihm durch den Beklagten entgeht, mithin auch auf den Werth der besondern Vorliebe — pretium affectionis — den gewisse Sachen nach unverwerflichen Gründen für ihn hatten, kurz auf sein persönliches Interesse in seinem ganzen Umfange. Dies alles ist eine natürliche Folge jener einseitigen Bestimmung, welche dem Kläger, gleichsam als Richter und Zeugen in seiner eigenen Sache, zur Strafe des Beklagten freigegeben ist; aber keineswegs erschöpft die Zulässigkeit der Schätzung eines Objekts nach jenem besondern Werthe den eigenthümlichen Begriff des gedachten Eides. Außer den Fällen nun, wo dem Beklagten ein widerrechtlicher Vorsatz, demselben gleich zuschätzende culpa lata, oder Ungehorsam schon als erwiesen zur Last fällt, muß der Kläger sein Recht oder seine Forderung an sich, und den Belang derselben gehörig beweisen, oder gewärtigen, daß der Beklagte nach der bekannten Regel: actore non probante etc. losgesprochen werde (157). Dieser

(157) L. 2. C. de *in litem jur.* (V. 53.) Is, qui rationem tutelae seu curae reposcit, invitus in li-

tem

ser wahre Gesichtspunkt, woraus die Sache zu beurtheilen ist, ergibt nun auch deutlich, warum der Eid in litem, als Strafe des Beklagten, nach den Grundsätzen des Römischen Civilrechts, nicht gegen die Erben Statt findet, wenn nicht vorher schon bei Lebzeiten des Erblassers der Prozeß angefangen ist (158), warum es ferner der Willkühr des Klägers überlassen bleibt, ob er sich dieses besondern Rechts der eidlichen Bestimmung des Seinigen

tem jurare compelli non potest: sed volens ita demum audiendus est, si heres per longam successionem tutoris instrumenta pupillaria dolo, vel circumveniendi pupilli gratia, exhibere non vult. Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis convincitur, omissa jurisjurandi facultate judex de veritate cognoscet: quae etiam argumentis liquidis investigari potest.

(158) L. 4. C. de in lit. jurando (V. 53.) verb. heres ejus ita demum, si reperta (sc. instrumenta) in hereditate dolo malo non exhibeat. Sed cum adversus ipsum tutorem litem contestatam esse dicatis, transferentibus vobis in heredes ejus actionem, Praeses provinciae partes suas exhibebit: non ignorans, nisi exhibeantur instrumenta, quatenus juxta formam constitutionum partes suas debeat moderari. L. 5. *ibid.* *Hellfeld* jurispr. for. §. 816.

nigen bedienen, oder im ordentlichen Wege Rechtens den Belang seiner Forderung ausmachen wolle (159) u. d. m. Natürlich ist mit diesem Eide in litem der Schätzungseid nicht zu vermischen, der dem Kläger im Wege der ordentlichen Beweisführung freigelassen wird, um einen nicht zulänglichen Beweis dadurch zu ergänzen.

(159) cit. L. 2. C. de in lit jur. (Note 157.) L. 71. D. de R. V. (VI 1.) Quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero jurare non vult, sed quanti res sit, adversarium condemnari maluit: mos ei gerendus est. *Hellfeld* ibid. § 814. *Berger* elect. discept. for. tit. 31. obs. 2. art. 3. pag. 752. *Leyser* med. ad Pand. 146. 4.

Bayerische Staatsbibliothek München

I.

Register

über die vorzüglichsten Materien.

Die Römischen Zahlen bezeichnen die Abhandlung; die kleinern die auf dem Rande befindlichen Nummern.

A.

Actum — id quod actum est, Erklärung dieses Ausdrucks II. Note 2.

Advokat s. Anwalt.

Affirmans, *affirmatio* s. Bejahung.

Anastasianisches Gesetz — Wer daraus eine Einrede hernimmt, muß beweisen, daß der Cessionar weniger bezahlt habe, als er jetzt fordert. VI. 29.

Anwalt — Advokat, Sachwalt — Was ein gehörig bevollmächtigter Anwalt vorträgt, muß die Partei gegen sich gelten lassen. IV. 14.

Was ein nicht gehörig Bevollmächtigter vorträgt, ist ohne Genehmigung der Partei unwirksam. IV. 14.

deren Rechtsirrthümer muß der Richter ex officio verbessern. IV. 12. vergl. Irrthümer der Advokaten.

Von dem Widerruf der durch sie abgelegten Geständnisse. IV. 13 vergl. Geständniß.

Muß bei der Frage: was bewiesen werden müsse? genau prüfen, was zur Begründung eines Rechts gehört. II. 8.

I. Register über die vorzüglichsten Materien.

B.

Bejahung — Widerlegung des Satzes: wer etwas bejahet, muß beweisen, nicht der Verneinende. VI. 9. 10.

Gesetze des Römischen Rechts, welche durch eine unrichtige Erklärung zu diesem Satze Veranlassung gegeben haben. VI. 12.

Gesetze des Canonischen Rechts in dieser Rücksicht. VI. 13. vergl. *negativa*, auch Verneinung

Erklärungen anderer Rechtslehrer und Versuche, diesen Satz aufrecht zu erhalten. VI. 14. 15.

Nähere Erklärung darüber, was eigentlich bejahende und vernejnende Sätze seyn würden. VI. 15.

Bekenntniß — die Vorschriften der P. G. O. Carls V. darüber, können im Civilprozesse nicht in Anwendung kommen. IV. 5.

Beklagter — kann schon dedurch, daß der Kläger nichts beweiset, ein günstiges Urtheil erhalten. VI. 6

In zweifelhaften Fällen muß der Richter für ihn sprechen. V. 10.

— muß beweisen, wenn er den faktischen Grund der Klage zugestanden, und dagegen nur Einreden vorgeschützt hat. VI. 37. a. f. auch Einreden

— muß die Einreden, welche er in Form einer Verneinung der anticipirten Replik vorgebracht hat, beweisen. VI. 34.

— muß die durch die Replik des Klägers bestrittenen Einreden beweisen. VI. 38. b

— muß die in der Duplik näher ausgeführten Einreden, so wie die eigentliche Duplik beweisen VI. 39. b. d.

— Fälle, in welchen er zur Strafe die Last des Beweises übernehmen muß. VI. 46. 3.

— der wider die Wahrheit einen Besitz ableugnet, muß die Sache abtreten und sein Recht beweisen. VI. 46. 3.

— der als dritter Besitzer eines Pfandes das Eigenthum des Klägers leugnet, muß die Sache abtreten, und sein besseres Recht beweisen. VI. 46. 3.

Beneficium abstinendi — Legatarien und Gläubiger, welche den suis heredibus das beneficium abstinendi streitig machen, müssen deren Immixtion beweisen. VI. 28.

I. Register über die vorzüglichsten Materien.

Beschädigte — der von einem andern, der zur Ablieferung gewisser Sachen verbunden war, den Schaden ersetzt verlangt, braucht nur das Daseyn eines Contrakts, der dies mit sich bringt, zu beweisen. VI. 21 s. Kläger.

Besitz — befreit vom Beweise. V 10.

von der Vermuthung für dessen rechtmäßige Erwerbung. V. 10. s. Vermuthung.

Beweis — Begriff. I. 2.

— wird geführt, um den Richter als Richter zu überzeugen. I 3.

— Quellen der Regeln für den Beweis und dessen Führung. I. 5.

— Anordnungen der Gesetze in dieser Rücksicht. I. 6.

— Ein freiwilliger Beweis, der unerheblich ist, darf vom Richter nicht zugelassen werden. II. 10.

— Last des Beweises. I 4.

— Ein geführter Beweis macht nur unter den Parteien, nicht gegen einen Dritten förmliche Wahrheit III. 1. Ausnahmen hievon. ebendas.

— Von der Nothwendigkeit des Beweises kann nur die Rede seyn, wenn die Entscheidung der Sache von dessen Führung oder Nichtführung abhängt. VI. 6.

— Nothwendigkeit der Trennung der Beweise der Klage, der Einreden u. s. w. VI 37. 38. 40.

— Wenn der Beweis angetreten und fortgesetzt ist, so muß darüber erkannt werden, ob er geführt ist oder nicht, und was das Eine oder das Andere für Wirkungen hat. VI. 37.

Beweisen — Begriff I. 1.

Wer muß beweisen? Allgemeine Regel. VI. 1. 2.

— Nähere Begründung derselben. VI. 7.

— Ausnahmen davon. VI 46.

— Die Lehren anderer Rechtslehrer über diese Frage, und das Unzutreffende derselben VI. 3. 4.

— Worauf der Richter bei Entscheidung über diese Frage sehen müsse. VI. 37.

— Wer facta anführt, die die Begründung der Absicht des Gegners betreffen, braucht solche nicht zu beweisen. VI. 41.

I. Register über die vorzüglichsten Materien.

— Wer ein gültiges Geständniß für sich hat, braucht den eingeräumten Umstand nicht weiter zu beweisen. IV. 2. s. Geständniß.

— Schriftsteller über die Frage: wer muß beweisen? I. Note 5.

Was muß bewiesen werden? und zwar 1) im Allgemeinen. II. 1. A. und 2) in Beziehung auf einzelne gegebene Fälle. II. 1. B.

In wiefern Rechtssätze erwiesen werden müssen. II. 2. 3. s. Rechtssätze.

Was schon erwiesen ist, bedarf keines neuen Beweises. III. 1.

Was nicht zur Sache gehört, darf nicht bewiesen werden. II. 7.

Was nicht zur Begründung eines Rechts gehört, darf nicht zum Beweise verstellt werden. VI. 41.

Bloße Bestreitung des Klagegrundes, wenn solche gleich exceptio genannt seyn mochte, muß dem Beklagten zu beweisen nicht aufgegeben werden. VI. 35.

Zur Auferlegung des Beweises wird nicht immer eine bestimmte Behauptung erfordert. VI. 41.

Beweis des Gegentheils s. Geständniß, imgleichen Vermuthung.

Beweiserkenntniß — der Richter ist hiebei nicht an die von den Parteien vorgebrachten Fakta gebunden. II. 12.

— Ueber dessen Wirkung. II. 7.

— Ueber die Form desselben. II. 11.

— Form des Beweiserkenntnisses, wenn der Beklagte die faktischen Gründe der Klage bestritten hat IV. 37.

— Imgleichen wenn der Beklagte den faktischen Grund der Klage zugestanden, und dagegen Einreden vorgeschützt hat. VI. 37. a

— Wenn der Kläger die Klage bewiesen, und der Beklagte Einreden vorgeschützt hat. VI. 37.

— Wenn der Beklagte die Einreden bewiesen hat, welche durch die eigentliche Replik angefochten sind. VI. 38. d.

— Wenn eine Replik im eigentlichen Verstande vorgebracht ist. VI. 38.

— Wenn die Klage und die Replik erwiesen sind, dagegen aber eine eigentliche Duplik vorgebracht ist. VI. 39.

I. Register über die vorzüglichsten Materien.

Unrichtige Form des Beweiserkenntnisses. VI. 41.
Beweisführung — I. 1.
— deren Ordnung. VI. 37 — 40.
— beim qualificirten Geständnisse. VI. 42 — 45.
Beweissatz — Ueber die genauere Bestimmung desselben. II. 11. und zwar 1) bei einzelnen Handlungen. II. 11. 1. 2) bei allgemeinen Verhältnissen II. 11. 2.
— worauf es bei Bestimmung desselben ankommt. VI. 17.
nähere Erläuterung hierüber. VI. 18.
Bei Bestimmung desselben muß der Richter darauf sehen, was zur Begründung eines Rechts erfordert wird, nicht auf affirmative und negative Sätze. VI. 16.

C.

Condictio indebiti — Wer diese anstellt, muß der Regel nach den Beweis der Nichtschuld führen. VI. 11.
— Wenn solche von Minderjährigen und andern des Rechts unkundigen Personen angestellt wird, so muß der Beklagte den Beweis der Schuld führen. VI. 46. 2.
— Wenn dagegen der Empfang des Geldes geleugnet, und dieser erwiesen wird, so muß der Beklagte den Beweis über das Daseyn der Schuld übernehmen. VI. 46. 3.
Confessio in jure. IV. 10. s. Geständniß.
Contrahent — braucht nur das Daseyn des Contrakts, nicht die Fähigkeit des Gegners zur Schließung desselben zu beweisen. VI. 18.
Culpa s. Fahrlässigkeit.

D.

Dolus — dessen Beweis. VI. 21. s. Fahrlässigkeit.
Duplik — s. Form des Beweiserkenntnisses und Beklagter.
absque novis duplicirent. In wiefern dies dem Beklagten auferlegt werden könne. VI. 40.

E.

I. Register über die vorzüglichsten Materien.

E.

Einreden — deren Beweis ist kein Gegenbeweis I. Note 4. und kann daher nicht in den Gegenbeweis des Beklagten gezogen werden. VI. 37.

— müssen bewiesen werden, wenn die Klage zugestanden oder bewiesen ist VI. 37.

— Die auf Rechtsfragen gestützt sind, können nicht als illiquid verworfen werden II. 6.

— Die Einrede des nicht erfüllten Contrakts bringt den Beweis auf den Kläger. VI 27. Gründe hiefür. VI. 36. Nicht aber, weil sie eine Verneinung ist. VI. 11.

— Die Einrede des nicht erfüllten Contrakts ist im Executivprozeß zulässig. VI. 27.

— Exceptio non rite impleti contractus muß der Beklagte beweisen. VI. 27.

— Exceptio rei non sic sed aliter gestae VI. 36.

Erbe — muß d. Wahrheit d. Enterbungsurs. beweisen. VI. 26.

— muß beweisen, daß der Testator, wenn er im Testament und im Codicill Jemanden eine gleiche Summe vermacht, er nur eins und dasselbe gemeint habe. VI. 19. s. Legatar.

Error s. Irrthum — auch Anwalt.

Excipiens non confitetur — Erklär. dieses Satz. IV. 16. 17. 18. Die Lehre anderer Rechtslehrer hierüber. VI. 17.

F.

Fahrlässigkeit — über den Beweis des dolus und der culpa. VI. 21

Der größere oder geringere Grad der Fahrlässigkeit, welchen Jemand prästiren muß, hat auf Bestimmung der Frage: wer beweisen muß? keinen Einfluß. VI. 25.

— der Kläger muß nur dann den Vorsatz oder die Fahrlässigkeit erweisen, wenn er wirklich eine Klage anstellt, die dies mit sich bringt. VI. 24.

— der Beschädigte, der einen Andern in Anspruch nimmt, der nicht zur Aufbewahrung oder Vorsorge seiner Sachen verbunden war, muß den Vorsatz oder die Fahrlässigkeit des Beklagten beweisen. VI. 21. — Verlangt er von Jemanden, der zur Ablieferung seiner Sachen verbunden war, den erlittenen Schaden ersetzt, so braucht er nur das Daseyn eines solchen Contrakts zu beweisen. VI. 21. 22.

Fahrlässigkeit der Anleiher und Miether muß beweisen daß die geliehene oder gemiethere Sache nicht durch seine Schuld zu Grunde gegangen ist. VI 22.
— der Kläger muß die Verschuldung des Beklagten erweisen, wenn dieser Thatsachen beigebracht hat, welche ihn von der Verantwortlichkeit befreien. VI. 25.
— Wer zur Aufbewahrung gewisser Sachen verbunden war, muß deren nicht verschuldeten Untergang beweisen. VI. 21.
Form und Gültigkeit der Geschäfte. s. Geschäfte.

G.

Gegenbeweis — Begriff I. 2.
— Ist nicht aufzugeben, sondern freizulassen. VI. 37. 38. 39.
— Der Beweis der Einreden und Replik ist kein Gegenbeweis. I. Note 4. VI. 37.
Geschäfte — Findet eine Rechtsvermuthung für die Gültigkeit rechtlicher Geschäfte Statt. VI. 31.
— Wer aus der Gültigkeit eines Geschäfts Rechte und Befreiungen geltend machen will, muß die Beobachtung der gesetzlichen Form beibringen. VI. 30
— Wer aus der Ungültigkeit eines Geschäfts Rechte und Befreiungen geltend machen will, muß den Grund seiner Ansprüche beweisen. VI. 31
— Wer gegen einen Minderjährigen auf Erfüllung eines Contrakts klagt, muß die Beobachtung der gesetzlichen Form beibringen. VI 32.
Geständniß — Begriff. IV. 1.
— Dessen nähere Bestimmung bei Streitsachen. IV. 2.
— Nicht jede Erzählung oder Aeußerung, welche Jemand von sich oder Dingen, die ihn betreffen, gemacht hat, beweiset gegen ihn. IV. 3
— Eintheilung der Geständnisse in gerichtliche und außergerichtliche, ist nicht allein hinreichend, um die Glaubwürdigkeit zu bestimmen. IV 3.
— Eintheilung derselben in unbedingte oder einfache und bedingte oder qualificirte. IV. 20. VI 42
— Das stillschweigende Geständniß, worauf man sich in Gerichten häufig beruft, ist ohne gesetzliche Sanction. IV. 19.

I. Register über die vorzüglichsten Materien.

Geständnisse — Der Richter kann nur das als zugestanden annehmen, was durch ausdrückliche und bestimmte Erklärung anerkannt ist. IV. 16.

— Ist das Geständniß den Beweismitteln beizuzählen. IV 4.

— Worauf es bei der Glaubwürdigkeit der Geständnisse ankommt IV 3.

— die Wirkung der Geständnisse ist durch die gemeinen in Deutschland geltenden Gesetze nicht genau bestimmt. IV. 5.

— das Römische und Canonische Recht handeln nur von den Geständnissen vor der Obrigkeit. IV. 5. Von außergerichtlichen nur bei Gelegenheit der Handschriften. IV. 5.

— die Vorschriften der P. G. O. vom Bekenntniß finden im Civilprozeß keine Anwendung. ebendas.

— Beweiskraft der Geständnisse. IV. 6.

— Ob sie eine Verbindlichkeit wirken ebendas.

— Ob die Wirkung des Geständnisses in dem Rechte zur freien Disposition liegt. IV. 9.

— Wer ein gültiges Geständniß für sich hat, braucht den eingeräumten Umstand nicht weiter zu beweisen. IV. 2.

— Ein glaubwürdiges Geständniß macht der Regel nach förmliche Wahrheit. IV 7. 1.

— Geständnisse, die nicht die Bedingungen der Glaubwürdigkeit mit sich führen, haben auch nicht die volle Beweiskraft. IV. 7. 2.

— Bei den Geständnissen in unsern Gerichten finden die Wirkungen, welche das Römische Recht in Ansehung confessionis in jure, bestimmt hat, nicht Statt. IV 10.

— Geständnisse wirken der Regel nach kein förmliches Recht. IV. 7. Ausnahme hievon 1) durch Privatdisposition IV. 8. 2) durch die Gesetze. IV. 10

— Auch außergerichtliche Geständnisse haben Beweiskraft. IV 3. Einschränkung dieser Regel in Ansehung des Darlehns, des Brautschatzes und der Quittungen. IV. 7. 1.

— qualificirtes oder bedingtes Geständniß und über dessen sogenannte Theilung. VI. 42. u. s. w.

— In wiefern das qualificirte Geständniß demjenigen, der es ablegt, die Verbindlichkeit auflege, den vom Gegner bestrittenen faktischen Umstand zu beweisen. VI. 42.

I. Register über die vorzüglichsten Materien.

Geständniß — Wenn durch ein qualificirtes Geständniß die Klage oder Einrede nicht in so weit als diese zur Begründung eines Rechts gehört, eingestanden wird, so muß sie bewiesen werden. VI. 42. Ausnahme hievon VI 42.

— Wenn durch ein qualificirtes Geständniß das, was zur Begründung der Klage oder Einrede gehört, eingestanden wird, und nur Beschränkungen angeführt werden, so müssen diese bewiesen werden. VI. 42. 44.

— Einige Rechtsfälle vom qualificirten Geständniß. VI. 45.

Widerruf der Geständnisse. IV. 11.

— der durch den Sachwalt u. a. m. abgelegten Geständnisse IV. 12.

— Von dem Erfolg eines solchen Widerrufs. IV 13 14.

— Wer das von dem Sachführer Vorgebrachte innerhalb dreier Tage widerruft, ist vom Beweise des Gegentheils frei. IV. 13.

— Nach dieser Zeit muß er den Beweis des Gegentheils übernehmen. IV. 13

— Auch bei glaubwürdigen Geständnissen findet der Beweis des Gegentheils Statt, bis sie in Rechtskraft getreten sind. IV. 7. 3.

— Auch gegen ein aus Irrthum abgelegtes Geständniß in eben dem Falle. IV 11.

Gewohnheitsrecht — muß bewiesen werden. II. 3. siehe Rechtssätze.

J.

Immixtion muß von Gläubiger und Legatarien bewiesen werden, die den suis heredibus das beneficium abstinendi bestreiten. VI. 28.

Interlocut auf Beweis darf nicht erlassen werden, wenn definitive erkannt werden kann. II. 9

Irrthum — Rechtsirrthümer müssen vom Richter ex officio verbessert werden IV. 12.

— in Ansehung des facti kann bis zur rechtskräftigen Entscheidung von der Partei verbessert werden. IV 12.

— Ein aus Irrthum abgelegtes Geständniß läßt den Beweis des Gegentheils bis zur rechtskräftigen Entscheidung zu. IV. 11. s. Widerruf der Geständnisse.

I. Register über die vorzüglichsten Materien.

Juramentum in litem. VI. 46.
— Ob es bloß das pretium affectionis betrifft. VI. 46.
— Findet der Regel nach nicht gegen die Erben Statt. VI. 46.
— Dessen Gebrauch ist dem Kläger überlassen. ebendas.
— Findet gegen den Beklagten Statt, der vom Kläger des bösen Vorsatzes oder des groben Versehens wegen eines erlittenen Schadens überführt ist. VI. 46.
— Findet gegen den Vormund Statt, der kein Inventarium beigebracht hat. ebendas.
Jus singulare — Wer solches behauptet, muß das Daseyn der Verhältnisse, worin es sich gründet, beweisen. VI. 18.

K.

Kläger — Prüfung der Regel: der Kläger muß beweisen. VI. 6—8.
— muß das Fundament seiner Klage beweisen, wenn ihm der Beklagte nicht alles eingeräumt hat. VI. 6.
— muß beweisen, wenn der Beklagte das Fundament der Klage geleugnet, und Einreden vorgeschützt hat. VI. 37. b.
— kann den Ausflüchten des Beklagten sogleich in der Klage das Nöthige entgegensetzen. VI. 34.
— Braucht seine eigentliche Replik erst nach dem Beweise der Einreden zu bewahrheiten. VI 38. c.
— Wenn in der Replik die Einreden zugestanden werden, so muß der Kläger jene mit der Klage zugleich beweisen. VI. 38.
— Wenn ihm die Schutzreplik geleugnet wird, so muß er solche beweisen. VI. 39. c.
— Wenn ihm die Replik auch eingestanden wird, so ist dadurch noch nicht der Klagegrund zugestanden, vielmehr muß er diesen noch beweisen. VI. 39. c.
— Wenn gegen die eigentliche Replik eine Schutzduplik vorgebracht wird, so muß der Kläger jene beweisen. VI. 39. a.

I. Register über die vorzüglichsten Materien.

L.

Last des Beweises s. Beweislast.
Legatar — muß beweisen, wenn ihm in einem Testamente eine Summe mehrere Male vermacht ist, daß der Testator das Vermächtniß ihm wirklich doppelt bestimmt habe. VI. 19. s. Erbe.

M.

Mandatarius muß beweisen, daß er das übernommene Geschäft mit seinem Fleiße nicht habe besorgen können. VI. 23.
— muß die Unmöglichkeit der Ausführung der übernommenen Geschäfte, oder womit er sich sonst zu schützen glaubt, beweisen. VI 21. 23.
Minderjährige, siehe auch Pupill — der eine Veräußerung anfechten will, muß deren Ungültigkeit beweisen. VI. 32.
— Wenn gegen ihn auf Erfüllung eines Contrakts geklagt wird, so muß die Beobachtung der gesetzlichen Form bewiesen werden. VI. 32.

N.

Negativa s. Verneinung.
— deren Eintheilung in negativas juris, qualitatis, facti definiti. VI. 1. 14.
Negatorienklage. VI. 46.
Notorisch — Prüfung der Lehre, daß es keines Beweises bedürfe. III. 2.
— das Römische Recht weiß nichts hievon. III. 2.
— das Canonische Recht ist mehr dafür. ebendas.
— die P. G. O. Carls V. ist dagegen. III 2.
— Das Verfahren in criminalibus hat sich in dieser Rücksicht der Gerechtigkeit genähert. ebendas
— Ueber das Mißliche der hiedurch begründeten Ausnahme. III. 2.
— Wenn man darunter versteht, was schon aus den Akten erhellt, so ist der Satz: daß das Notorische keines Beweises

weises bedürfe, mit der Regel: daß erwiesene Thatsachen keinen weitern Beweis erfordern, identisch. III. 2.
— Wenn man darunter versteht, was allgemein bekannt ist, so führt er zu Unrichtigkeiten. III. 2. Nur bei provisorischen Verfügungen kann der Richter hierauf Rücksicht nehmen. ebendas.
— Wenn etwas als allgemein bekannt bestritten wird, so muß nicht das Daseyn der Notorietät, sondern der behauptete Umstand selbst bewiesen werden. III. 2.

O.

Obrigkeit, wenn sie actione subsidiaria belangt wird, muß beweisen, daß die von ihr bestellten Vormünder, zur Zeit der Bestellung sicher und gut waren. IV. 20.
Onus probandi, s. Beweislast.

P.

Pertinenzien, s. Zubehör.
Pfandgläubiger, s. Rechtsvermuthung.
Pfandinhaber, s. Beklagter.
praesumtio — Eintheilung in praesumtiones juris, hominis und juris et de jure. V. 1. Vergl. Rechtsvermuthung und Vermuthung.
Privilegien — wer solche behauptet, muß beweisen. II. 3. s. Rechtssätze.
Worauf dieser Beweis zu richten ist. II. 3.
Pupill — muß beweisen, daß eine Anleihe nicht vom Vormund zu seinem Besten verwandt sey. VI. 11.

R.

Recht — Wer ein besonderes Recht behauptet, muß die Verhältnisse, worin es sich gründet, beweisen. VI. 18.
Rechtsfragen und faktische. II. 4.
— Können nicht zur besondern Verhandlung verwiesen werden. II. 6.

I. Register über die vorzüglichsten Materien.

Rechtsfragen — Darauf gestützte Einreden können nicht als illiquid verworfen werden. II. 6.

Rechtsätze brauchen dem Richter nicht bewiesen zu werden. II. 2. 3. Ausnahmen hievon, und zwar 1) bei den Gesetzen eines andern Staats. II. 3. 2) bei Privilegien und Gewohnheitsrechten. II. 3.

Rechtsvermuthungen, s. Vermuthungen.

— Begriff. V. 1.

— Was dazu erfordert wird. V 3.

— Sie wirkt provisorische Gewißheit, bis das Gegentheil erwiesen ist. V. 5.

— Nicht jeder Wahrscheinlichkeitsgrund wird dadurch, daß die Gesetze seiner erwähnen, eine Rechtsvermuthung. V 5. 6 7.

— Nur solche Verhältnisse, wodurch die bei Rechtsvermuthungen vorausgesetzten Gründe gehoben werden, können den Richter bestimmen, davon abzugehen. V. 11.

— Wer eine Rechtsvermuthung für sich hat, braucht nicht zu beweisen. VI. 46. 1.

— Vom Beweise des Gegentheils bei Rechtsvermuthungen. V. 11. Worauf er zu richten ist. ebendas. Kann durch alle andere Beweismittel geführt werden. ebendas.

Besondere Rechtsvermuthungen — Ein Kind, das in einer gültigen Ehe geboren ist, muß für ein eheliches gehalten werden, selbst wenn die Mutter und der Beklagte den außerehelichen Beischlaf eingestehen. V. 11.

Der Pfandgläubiger, welcher die weitere Verpfändung des Pfandes bewilligt, begibt sich des Pfandrechts. V. 11.

— Beurtheilung der Rechtssätze: quilibet praesumitur bonus, omne praedium praesumitur liberum, quaelibet possessio praesumitur juste adquisita. V. 9.

— Folgen daraus, wenn man den Satz: quilibet praesumitur bonus, als Rechtsvermuthung gelten lassen will. V. 9. Schneiders Lehre, um die hieraus mit andern Gesetzen entstehenden Widersprüche zu heben. ebendas.

— Eine eigentliche Rechtsvermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes findet nicht Statt. V. 10.

— Gesetze, welche der Vermuthung: quaelibet possessio praesumitur juste adquisita entgegenstehen. V. 10.

— Collision der Vermuthungen. V. 12.

I. Register über die vorzüglichsten Materien.

Replik, siehe Kläger, imgl. Beweiserkenntniß — deren Beweis ist kein Gegenbeweis. I. Note 4.

— Wenn solche zur Unterstützung des Klagegrunds dient, so gilt von ihr, was bei der Klage Rechtens ist. VI. 38. a.

Richter kann nur Rechtsätze, nicht Thatsachen ergänzen. II. 5.

— Kann einen Angeklagten, den die Akten als überwiesen darstellen, und von dessen Unschuld er als Mensch überzeugt ist, nicht absolviren. III. Note 9.

— Muß genau prüfen, was zur Begründung eines Rechts gehört, um zu bestimmen, was bewiesen werden muß. II. 8.

— Muß bei Bestimmung der Frage: wer beweisen müsse? darauf sehen, ob Rechte die eine Partei durch gewisse Thatsachen zu begründen sucht, schon jetzt geltend gemacht werden sollen. VI. 37.

— Kann nicht ohne hinlängliche Gründe von den Rechtsvermuthungen abgehen. V. 2. S. Rechtsvermuthung.

S.

Schuldner, s. Anastasianisches Gesetz.

T.

Thatsachen, welche zur Begründung der Klage, der Einreden u. s. w. gehören, müssen vom Richter genau bestimmt werden. VI. 18.

— die die Begründung des Rechts des Gegners betreffen, muß dieser beweisen. VI. 41.

V.

Vermuthung, s. Rechtsvermuthung — Begriff. V. 1.

— Ueber die Unzulänglichkeit der Begriffe Anderer. V. 2.

— Gründe der Vermuthungen. V. 2.

I. Register über die vorzüglichsten Materien.

Vermuthung — Unterschied von Verdacht. V. 1.
— Daraus, daß etwas keine Vermuthung für sich hat, folgt nicht, daß sie für das Gegentheil Statt finde. V. 8.
— Auch gemeine Vermuthungen kommen beim Beweise des Gegentheils gegen Rechtsvermuthungen in Betracht. V. 11.
— In wiefern sie zur Verstärkung anderer Beweisgründe beitragen. V. 8.
— Ob eine Vermuthung für oder wider die Bekanntmachung eines Gesetzes Statt findet. VI. 30.
Verneinungen, s. Bejahungen.
— Können directe und indirecte rechtlich genügend bewiesen werden. VI. 10.
— Müssen von jedem bewiesen werden, der sich darin gründet, wenn ihn die Reihe des Beweises trifft.
— Nähere Bestimmung darüber, was eigentlich bejahende und verneinende Sätze seyn würden. VI. 15.
— Beispiele, daß Verneinungen bewiesen werden müssen, s. *condictio indebiti*, und Pupill.
— Einige Rechtsfälle. VI. 16.
Versio in rem muß gegen Communen von dem bewiesen werden, der aus einer den Vorstehern derselben ohne ihren Beschluß gemachten Anleihe klagt. VI. 11.
— der Pupill muß die nicht geschehene Version einer klagbar gemachten Forderung beweisen, ebendas.
Vormund — Was vermuthet wird, wenn er Pupillengelder zinsenlos hat stehen lassen. V. 10.
— Gegen ihn findet juramentum in litem Statt, wenn er kein Inventarium beibringen kann. VI. 46.

W.

Widerruf der Geständnisse, s. Geständnisse.

Z.

Zubehör — Der Käufer und Pachter muß beweisen, daß ein streitiges Stück mit zum Gegenstand des Contrakts gehöre. VI. 33.
— Verkäufer und Verpächter müssen die Ausnahmen vom Contrakt beweisen. ebendas.

II.

Verzeichniß

der erklärten Gesetzstellen.

Die Römischen Zahlen bezeichnen die Abhandlung, die kleinen Zahlen die Noten. Die im Text allegirten Gesetze sind durch No. bezeichnet, und deutet die dabey stehende Zahl auf die Randzahlen hin.

Ex jure civili Romano.

Ex Institutionibus.

§. ult. de fidejussor. VI. 119.
§. 3. de inutil. stipulat. VI. 51.
§. 9. ibid. VI. 114. 119.
§. ult. de interdict. VI. 20 a.

Ex Pandectis.

L. 12. de statu homin. V. 27.
— 25. ibid. III. 3.
— 6. de his qui sui etc. V. 2.
— 3. § 1. de off. praef. Vigil. V. 9.
— 6. §. 1. de off praesid. III. 9.

II. Verzeichniß der erklärten Gesetzstellen.

L. 2. §. 1. de pact. V. 5.
— 62. de judiciis. VI. 19.
— 66. ibid. VI. 92
— 17 §. 1. de inoff. testam. III. 3.
— 18 eod III. 3.
— 45. de hered. petit. VI. 11 b.
— 71. de R. V VI. 159.
— 80. eod. VI. 153.
— 3. §. 1. de Publ. in rem act. V. 18.
— 13. §. 2. eod. VI. No. 32.
— 8. §. 3. si servit. vindicet. VI. 19.
— 23. § 11. ad Leg. Aquil. VI. 17.
— 25. eod IV. 17.
— 27. de reb. credit VI. 54.
— 3 §. 1. commod. VI. 84.
— 5. §. 1. mandati VI. 89.
— 6 § 1. eod. VI 89.
— 23. 24. 25. eod. VI. 90.
— 27. § 2 eod VI. 88.
— 51 pro socio. V. 13.
— 11. de per. et comm. rei vend. VI. 95.
— 9. §. 4. locati. VI 84.
— 12. § 4. qui pot. in pign. V. 25.
— 12. pr. Quib. mod. pign. vel hyp. solv. V. 24.
— 31. §. 21. de aedil. edicto. V. 7.
— 1. de probat. VI. 20.
— 2. ibid. VI. 12.
— 4 ibid VI. 77.
— 5. pr. eod. II. 1.
— 5. §. 1. eod. VI. 32. 120.
— 8. eod. VI. 21. 22.
— 11. eod VI. 16.
— 12. eod. VI. 34.
— 14. eod. VI. 17. 19. 33.
— 15. eod. VI. 23. 77.
— 17. eod. VI 24.
— 18. §. 1. eod. V. 13. VI. 25.
— 18. §. 2. eod. VI. 26.
— 19. pr. eod. VI. 18. 34.
— 19. §. 1. eod. VI. 27. 90.

L. 19.

II. Verzeichniß der erklärten Gesetzstellen.

L. 19. §. 2. eod. II. 1. VI. 27.
— 20. eod. VI. 22.
— 21. eod. VI. 18.
— 22. eod. VI. 28.
— 24. eod. V. 3.
— 25. pr. eod VI 29. 152.
— 25. § 1 eod VI. 151. u. No. 32.
— 25. §. 4. eod. IV. 5.
— 26. eod. V 8
— 29 §. 1. eod. V. 29.
— 1. §. fin. de agnosc vel al. lib III. 2.
— 2. L. 3. pr. eod. III. 2.
— 7. pr. de adm. et per tut. VI. 156.
— 13 § 1. eod. V. 21.
— 1. § 13. de magistrat. VI. 82. u. No. 32.
— 1. §. 2. de reb. eor. qui sub tut. VI. 125.
— 5. §. 15. eod. VI. 125.
— 11. 12. de adq. vel omitt. hered. VI. 108.
— 20. pr. eod. II. 2.
— 28. pr. de legat. I. IV. 6.
— 34. §. 3 eod. VI. 81.
— 25. de liberat. leg. IV. 6.
— 9. §. ult. de reb. dub. V. 6.
— 15. de novi oper. nunciat. VI. 19.
— 7. §. 5. de lib causa. VI. 19.
— 3. de colluf. deteg. III. 2.
— 56. de re judic. IV. 15.
— 1. de confeff. IV. 12.
— 3. eod. IV. 18.
— 4. eod. IV. 17.
— 5. eod. IV. 18.
— 6. §. 2. eod. IV. 14.
— 6. §. 3. 4. 5. eod. IV. 13.
— 7. eod. IV. 19.
— 8. eod. IV. 18.
— 9. de exccpt. IV. No. 16.
— 10. de V. O VI. 48.
— 30. eod. VI. 115. 119.
— 11. §. 9. ad Leg. Jul. de adult. V. 29.
— 14. §. 1. de appellat. III. 3.
— 5. §. 1. Quando appelland. VI. 136.
— 5. de R. J. VI. 51.

II. Verzeichniß der erklärten Gesetzstellen.

Ex Codice.

L. 7. de jur. et facti ignor. IV. 5.
— 1. de error. advocat. IV. 24.
— 2. eod. IV. 27.
— 3. eod. IV. 13. 25.
— un. ut quae desunt. advocat. II. 3.
— 1 et 2. si adverſ. credit. VI. 53.
— 11. de petit. hered. V. 16.
— un. de prohib. sequestr. pecun. IV. 18.
— 1. de probat. VI. 13.
— 2. eod. VI. 30.
— 3. eod. VI. 82.
— 6 eod. VI. 77.
— 8. eod. VI. 18.
— 11 eod. VI. 31. 82.
— 13. 14. eod. VI. 20.
— 15. eod. VI. 22.
— 16. eod V 17.
— 17. eod. VI. 22.
— 18. eod VI. 30.
— 19. eod. VI. 14.
— 23. eod. VI. 77. u. No. 12.
— 5. 13. de fide instrument. VI. 11.
— 5. de pignor. act. VI. 84.
— 10. de n. n. p. VI. No. 12.
— 13. eod. IV. 5.
— 22 mandati. VI. 112.
— 3. quando ex facto tutor. VI. 53.
— 2. de in lit. jur. VI. 157.
— 4. eod VI. 158.
— 15. de furt. V. 15.
— ult §. 1 et 14. de jure deliber. VI. 105.
— 11. de sentent et interlocut VI. 137.
— 1. inter alios acta vel jud. aliis non noc. III. 1.
— 9. de except. VI. 14.
— 14. de contrah. vel commit. stipulat. IV. 5. VI. 119.
— 15. de solut. VI. 148.
— fin. ad Leg. Cornel. de falſ. VI. 14.
— un. de confeſſ. IV. 12.

II. Verzeichniß der erklärten Gesetzstellen.

Ex Codice Thedosiano.

L. 1. de fide test. et instrum. V. 14.

Ex Pauli recept. sententiis.

V. 5. 3. — IV. 13,

Ex jure Canonico.

Ex Decretalibus.

C. 23. de elect. VI. No. 13.
— 3. de causa possessionis et proprietatis. VI. No. 13.
— 11. 12. X. de probat. VI. N. 13.
— 14. de fide instrument. IV. 5.
— 12. de praesumt V. 7.
— ult. eod. V. 13.
— 6. de except. IV. No. 16.
— 44. de appellat. II. 1.
— 8. de collat. clericor. III. 10.

Ex libro 6. Decretalium.

— 2. de in integr restit. IV. 22.
— 1. de confess. VI. No. 13.

Ex jure particulari.

Preußische Gerichtsordnung. I. 10. 53. VI. 116.